Die Bedeutung der Ersitzung im geltenden Recht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Edgar Horn

Referendar in Koblenz

1933

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg.

Dekan
und
Referent:

Professor Dr. Stoll.

Tag der mündlichen Prüfung: 25. März 1933.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Inhalt.

Seite

I. Verjährung und Ersitzung 1
§ 1. Der Sinn der Regelung 1
§ 2. Die verschiedenen, im Gesetz geregelten Fälle der Verjährung im weiteren Sinne 2
§ 3. Die Verjährung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers und die Ersitzung 3
II. Gegenstand der Ersitzung 4
§ 4. Der Begriff der beweglichen Sache i. S. des § 937 BGB. . 4
III. Voraussetzungen der Ersitzung 7
§ 5. Eigenbesitz 7
§ 6. Guter Glaube 8
§ 7. Zeitablauf 12
a.) Anrechnungsmöglichkeiten 13
b.) Hemmung des Zeitablaufs 14
c.) Unterbrechungen 15
IV. Wirkungsgebiet der Ersitzung 16
§ 8. Die Einschränkungen durch den Schutz des guten Glaubens beim Eigentumserwerb 16
§ 9. Die 4 Hauptgruppen von Fällen, in denen die Ersitzung Platz greift 16
§ 10. Die Beweiserleichterung für den Eigentümer durch Berufung auf § 937 BGB. 17
§ 11. Die dingliche Wirkung der Ersitzung 18
V. Wird durch die obligatorischen Folgen der Ersitzung die Bedeutung des Instituts abgeschwächt? 19
§ 12. Die Bereicherungsfrage 19
§ 13. Die Auffassung des Problems vor Auftauchen der Meinung Martin Wolffs 19
§ 14. Die Ansicht Wolffs und die herrschende Lehre 20
§ 15. Gegner der herrschenden Lehre und die Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 130, 69 21
§ 16. Die Behandlung der Streitfrage durch Heck und der Beweis der Angreifbarkeit der herrschenden Lehre 23
§ 17. Weitere Bedenken gegen die herrschende Auffassung der Bereicherungsfrage 26
§ 18. Die Einwirkung der Ersitzung auf ein bestehendes Vertragsverhältnis 37
§ 19. Ersitzung und unerlaubte Handlung 38
VI. Wertung der gefundenen Ergebnisse 39

Literaturverzeichnis.

Biermann: Kommentar zum BGB. Bd. 3. 1914.

Bödecker: Wieweit ist nach vollendeter Ersitzung Raum für einen Bereicherungsanspruch? Göttingen 1928.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1924.

Dernburg: Pandekten. Band 1. Berlin 1896.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. 1932.

Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil. 1931.

Entwurf I eines BGB.

Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. III. 1917.

Gutzeit: Ersitzung und Bereicherungshaftung. Diss. Bonn 1928.

Haymann: Zuwendung aus fremdem Vermögen (Jherings Jahrbücher. 77. 188 ff. in JW. 1931 S. 1030 ff.)

Heck: Grundriß des Sachenrechts. 1930. Grundriß des Schuldrechts. 1929.

Heilfron: Römisches Recht 1920.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. Bd. I. 1931.

Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. 1902.

Krawielicki: Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht (Jherings Jahrb. 81, 257 ff.)

Kommentar von Reichsgerichtsräten, Bd. I, III. 1923. II. 1929.

Kretschmer: Die Mobiliarersitzung nach dem BGB. Bonn 1910.

Hölder: Kommentar zum BGB. Bd. I. 1900.

Liebisch: Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht. 1927.

v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.

Motive zum Entwurf eines BGB. 1888.

Naendrup: Die Verjährung als Rechtsscheinswirkung (Jherings Jahrb. 75, 237 ff.)

— Die Ersitzung als Rechtsscheinswirkung. (RG-Festg. 1929, III, S. 35 ff.)

Nebenzahl: Das Erfordernis der unmittelbaren Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. 1930.

Nellen: Ersitzung und Bereicherungshaftung. Diss. Erlangen. 1924.

Oertmann: Kommentar zum BGB. II, 2. 3. Aufl. 1929. Ersitzung und Bereicherungshaftung (Recht 1910 S. 585 ff.)

— Verfügungen ohne Rechtsgrund über fremde Sachen. (Recht 1915, S. 510 ff.)
Planck: Kommentar zu BGB. II. 2. 1928; III. 1920.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. 1898.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen.
Raape: Gebrauchs- und Besitzüberlassung (Jherings Jahrb. Bd. 71. S. 97 ff.)
Schaefer: Die Ersitzung des Eigentums beweglicher Sachen. Leipzig 1904.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 1929.
Scherer: Das Sachenrecht des BGB. 1899.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. II 1 1930; II, 3 1929. III, 1 1926.
Strohal: Bemerkungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich in zweiter Lesung. (Jherings Jahrbücher Bd. 34. 365.)
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. 1914.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1, 1901 und 1906.
Wolff: Sachenrecht, 1932.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548026_0029

I. Verjährung und Ersitzung.

Die Institute der Verjährung und Ersitzung, die vom Gesetz an verschiedener Stelle behandelt werden und in ihren Voraussetzungen nicht übereinstimmen, zeigen in ihrer rechtlichen Wirkung eine erkennbare Verwandtschaft. Durch die beiden Bestimmungen wird ein Zustand, der eine gewisse Zeit hindurch tatsächlich bestand, aber in seinen Grundlagen einen Mangel zeigte, in einen von der Rechtsordnung anerkannten und nicht angreifbaren überführt.

§ 1.

Der Sinn der Regelung.

Der Grund der Umwandlung eines bloß tatsächlich bestehenden Zustandes in einen von der Rechtsordnung sanktionierten findet sich in folgender Überlegung: Besteht ein Zustand längere Zeit hindurch unangefochten, so hat sein Nutznießer ein Interesse daran, daß dieser Zustand nicht abgeändert wird. Wird das Recht eines anderen durch diese Tatsache berührt, kümmert sich der Berechtigte aber nicht darum, so besteht die Vermutung, daß er an dem Schutz seines Rechtes nicht viel Interesse hat.

Bei einer Regelung dieser Fragen hat also der Gesetzgeber abzuwägen: auf der einen Seite den Wunsch der ersten Partei, den bestehenden Zustand nicht zu verändern und andererseits den Schutz, den er jedem Berechtigten gegen eine Beeinträchtigung seiner Stellung gewährt.

Bei dem Institut der hier zu behandelnden Ersitzung und den anderen damit verwandten Einrichtungen, die alle unter den Begriff einer Verjährung im weiteren Sinne gefaßt werden können, entschied sich der Gesetzgeber dafür, dem Schutz der Kontinuität der Lebensverhältnisse den Vorrang zu geben. Ein Gedanke, der auch der Regelung des Besitzschutzes zu Grunde liegt. Ohne Rücksicht darauf, ob ein definitives Recht vorliegt, wird der Besitzer gegen Angriffe durch die Bestimmungen der §§ 859 ff BGB geschützt. Zwar muß später der rechtlose Besitzer zurücktreten, wenn der Eigentümer als definitiv Berechtigter sein Recht nachweist, zunächst jedoch wird der Besitzer dagegen geschützt, daß er durch Aufgabe seiner

Stellung einen Verlust an Lebenswerten erleidet. [1]) Diese Erklärung für die gesetzliche Regelung bezeichnet Heck mit „Kontinuitätstheorie".

Wie oben erwähnt — erscheint dieser Gedanke besonders kraß bei der Verjährung und Ersitzung, wo er zu einer Verschlechterung der Rechtslage des Berechtigten zugunsten desjenigen führt, der längere Zeit hindurch rechtlos Nutznießer eines bestehenden Zustandes war.

Aber auch demjenigen, zu dessen Gunsten ein Zustand längere Zeit hindurch z u R e c h t besteht, kann die erwähnte Regelung von Vorteil sein. Bei einem Angriff ist er nicht genötigt — um sein Recht nachzuweisen — auf fernliegende Tatsachen zurückzugreifen, die durch die Länge der Zeit verdunkelt sind, vielmehr schützt die abgelaufene Zeit als solche bereits seine Rechtslage.

Derjenige jedoch, der durch diese Bestimmungen einen Nachteil erleidet, kann sich die Folge selbst zuschreiben, da er sie nur durch seine Untätigkeit in der Wahrung seines Rechtes bedingte.

§ 2.

Die verschiedenen im Gesetz geregelten Fälle einer Verjährung im weiteren Sinne.

Nicht jedes Recht kann durch fortgesetzte Behauptung eines tatsächlichen Zustandes erworben werden. Vielmehr sind die entsprechenden Institute enumerativ — und zwar an verschiedenen Stellen des Gesetzes — aufgezählt.

Die Bestimmung, die von den hier in Betracht kommenden am häufigsten im Rechtsverkehr Platz greift, ist die Anspruchsverjährung, die in den §§ 194 ff BGB. behandelt wird. Die Wirkung dieses Institutes ist relativ schwach: es schafft lediglich eine Einrede; es gibt dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht, während es den Anspruch, dem es entgegengestellt wird, unberührt läßt.

Stärker ist die Wirkung der Tabularverschweigung und der sogenannten Kontratabularversitzung, von denen die §§ 901 und 1028 1090 BGB. sprechen. Hier wird bestimmt, daß mit Verjährung des Anspruchs des Berechtigten sein Recht selbst erlöschen soll. [2])

Während bei den bisher behandelten Instituten der Verlust eines Rechtes oder — wie bei der Anspruchsverjährung — wenigstens die Hemmung seiner Geltendmachung ausgesprochen ist, findet sich bei

---

[1]) vgl. Heck, Grundriß des Sachenrechts S. 13.

[2]) Eine Regelung, die — wie die Protokolle (III, S. 322 u. S. 327) hervorheben — keine rechtlich notwendige Folge der Verjährung des Anspruchs bildet, vielmehr eine aus praktischen Gründen entstandene positive Gesetzesnorm darstellt.

den folgenden gesetzlichen Bestimmungen die positive Erzeugung eines Rechts.

An erster Stelle ist hier zu nennen die Ersitzung beweglicher Sachen (§ 937 BGB.), die unten ausführlich behandelt wird, weiterhin die Nießbrauchsersitzung (§ 1033). Ferner gehört hierhin die Tabularersitzung (§ 900) und die Kontratabularersitzung (§ 927).

Einen Übergang zwischen der Anspruchsverjährung und der Ersitzung bildet die Ersitzung der Freiheit von Rechten, die das Eigentum an einer beweglichen Sache einschränken. Dieser Fall ist geregelt in § 945 BGB. Einerseits bedeutet er mehr als die nur eine Einrede schaffende Verjährung: nämlich er läßt die an der Sache bestehenden Rechte erlöschen; andererseits aber erzeugt es n i c h t ein Recht wie die Ersitzung, die Eigentum verschafft, sondern bewirkt nur die Befreiung von einer Belastung der ersessenen Sache.

§ 3.

Die Verjährung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers und die Ersitzung.

Um die Unterschiede zwischen der Ersitzung — die ein Recht hervorbringt — und der Anspruchsverjährung — die nur die Hemmung der Ausübung eines Rechtes bedeutet — herauszuarbeiten, sei im folgenden die Verjährung der rei vindicatio und die Ersitzung gegenübergestellt, da hierbei die Merkmale der beiden Institute besonders deutlich hervortreten.

Man nehme folgenden Fall an: Jemand besitzt eine fremde Sache länger als 30 Jahre; durch den Mangel einer zur Ersitzung notwendigen Voraussetzung konnte er nicht nach § 937 BGB. Eigentümer werden. Gemäß § 195 BGB. ist dann die rei vindicatio des Eigentümers verjährt; nichtsdestoweniger kann aber der Berechtigte diese Klage anstrengen, und im Falle der Versäumnis des Beklagten wird dieser auch gemäß § 331 ZPO. zur Herausgabe verurteilt werden.

Dennoch besteht für den Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht, sodaß die Herausgabe, wenn dieser Anspruch geltend gemacht wird, nicht erzwungen werden kann. Der Eigentümer hat dann zwar sein Recht nicht verloren, es ist aber wirkungslos und zu einem dominium sine re herabgesunken. [3])

---

[3]) vgl. die dies völlig verkennende Ansicht Scherers (III, S. 128): „Der Dieb kann sich nicht auf die 10jährige Ersitzung berufen, weil ihm der gute Glaube fehlt. Allein nach 30 Jahren ist die Klage des Eigentümers unter allen Umständen verjährt. Wenn die Sache nicht inzwischen aus der Welt verschwunden ist, muß einer Eigentümer sein. Und dieser kann kein anderer sein als der Dieb. Folglich gibt es eine 30jährige Ersitzung"!!

Es besteht aber hier — da die Verjährung nur eine relative Wirksamkeit gegenüber einer bestimmte Person hat — die Möglichkeit, daß das Eigentum wieder voll auflebt, in dem Falle nämlich, daß ein anderer in den Besitz der Sache kommt, ohne Rechtsnachfolger des bisherigen Besitzers zu sein. (dies wegen § 221 BGB.) Hier kann der neue Besitzer, sofern er nicht selbst 30 Jahre hindurch besaß, (und nicht vorher e r saß) der Klage aus § 985 BGB. n i c h t die Verjährungseinrede entgegensetzen.

Im Falle der Ersitzung dagegen erwirbt der Besitzer nach Ablauf von 10 Jahren das Eigentum, ohne daß er es geltend zu machen braucht, ja sogar ohne sein Wissen. (andernfalls ihm wohl der gute Glaube fehlte). Auf der Gegenseite erlischt das Eigentum des früher Berechtigten, die notwendige Folge des Entstehens auf seiten des Ersitzers, da ja ein Doppeleigentum nicht möglich ist. Ein Wiederaufleben des Rechtes des ehemaligen Eigentümers ist deshalb ausgeschlossen.

II. Gegenstand der Ersitzung.

§ 4.

Der Begriff der „beweglichen Sache" i. S. des § 937 BGB.

Nach § 937 BGB. werden „bewegliche Sachen" von der Ersitzung erfaßt. Der Begriff der Sache ist in § 90 BGB. definiert: „ein körperlicher Gegenstand", oder wie sich Enneccerus (allg. Teil. § 114, I) ausdrückt: ein Stück der unfreien Natur, das als selbständiges Rechtsobjekt anerkannt wird.

Also bezieht sich § 937 nicht:

1.) auf Immobilien (Sonderregeln in den §§ 900 und 927) und
2.) auf unkörperliche Gegenstände, sodaß Erzeugnisse des Immaterialgüterrechts (Autorenrechts) ebensowenig ersessen werden können wie Individualgüter, wie etwa der Name oder die Person eines Menschen.

Aber auch Sachgesamtheiten als solche, wie z. B. eine Herde, eine Bibliothek unterfallen nicht der Ersitzung, vielmehr muß sich die Ersitzung auf die einzelnen, die Sachgesamtheit ausmachenden Gegenstände erstrecken.

Ferner können nach § 93 in Verbindung mit § 937 BGB. wesentliche Bestandteile einer Sache ohne die Hauptsache nicht ersessen werden, während die Ersitzung von Zubehör, ja sogar Zubehör eines Grundstücks, nicht ausgeschlossen ist und sich nach § 937 zu richten hat. (§ 926 steht dem nicht entgegen, da er nur eine Auslegungsregel

enthält). Die sogenannten Scheinbestandteile eines Grundstücks (§ 95) unterliegen nach der herrschenden Lehre [4]) ebenfalls der Ersitzung.

Der Vorschrift des Gesetzes widerspricht es ferner nicht, wenn man die Ersitzungsmöglichkeit von ideellen Teilen einer Sache, etwa den Bruchteil des Eigentumsrechts an einer solchen, bejaht. Hier entsteht durch die Ersitzung eine Quote des Rechts, also Miteigentum.

Bei Wertpapieren muß man unterscheiden zwischen Inhaber- und Orderpapieren und zwischen Rektapapieren. Da bei letzteren das Recht a n der Urkunde als solchem dem Recht a u s der Urkunde folgt, kann durch die Erfüllung der Ersitzungsvoraussetzungen — lediglich bezüglich der Urkunde — kein Recht erwachsen. Eine Ersitzung an dem verbrieften Recht aber, das sich stets als Forderungsrecht darstellen wird, ist nicht möglich, da § 937 nur bewegliche Sachen, nicht Forderungen, trifft.

Bei den Inhaberpapieren jedoch, bei denen das Recht ausdrücklich oder stillschweigend dem Inhaber zugesagt ist, [5]) ist eine Ersitzungsmöglichkeit des Eigentums an dem Papier durch den Besitz der Urkunde und die Erfüllung der anderen Erfordernisse des § 937 zu bejahen. Übrigens der einzige Fall, bei dem — allerdings indirekt — eine Forderung ersessen wird, da das Forderungsrecht dem Eigentümer des Papieres zusteht.

Ähnlich verhält es sich mit den Orderpapieren, bei denen jedoch, um die Berechtigung aus der Urkunde zu erlangen, das Indossament hinzutreten muß.

Im Römischen und Gemeinen Recht hinderte die Furtivität einer Sache die Ersitzung. Eine derartige Vorschrift kennt das geltende Recht nicht.

Das Römische Recht unterschied ferner zwischen res in commercio und res extra commercium. Das Bürgerliche Gesetzbuch macht diese Unterscheidung nicht; aber schon die Motive (III, S. 26) erwähnen, daß gewisse Sachen, wie z. B. die Luft, das Meer, das fließende Wasser, vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit der tatsächlichen Beherrschung durch menschliche Willkür entzogen sind. Bezüglich dieser Sachen erübrigte sich eine gesetzliche Vorschrift, die sie von dem Rechtsverkehr ausschlösse.

Die Motive (III, S. 27) führen weiter aus, daß die Ausnahmestellung anderer Sachen, z. B. der dem Gottesdienst geweihten Dinge, der dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen, meist auf öffentlichem Recht beruht, eine Regelung also dem Landesrecht überlassen bleiben könne. Deshalb wird auch im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, z. B. in den Artikeln 55, 65, 113 auf die Landesgesetze verwiesen.

---

[4]) vgl. Ennecc. allgem. Teil, § 118, Anm. 21 und RG 59, S. 21.
[5]) vgl. Ennecc. allgem. Teil, § 117, II.

Ein Eigentumsrecht an diesen zuletzt erwähnten Sachen ist zwar möglich, dennoch muß es — wie jedes andere etwa an ihnen bestehende Recht — wegen ihrer im allgemeinen Interesse liegenden Zweckbestimmung beschränkt sein, damit jeder ihrer Bestimmung widersprechende Gebrauch ausgeschlossen ist. [6])

Was unser Thema anbetrifft, müssen wir deshalb entscheiden, daß eine Ersitzung dieser rechtsverkehrsbeschränkten Sachen nicht möglich ist, soweit sie deren Widmung entgegenstehen würde.

Ist aber sogar durch Gesetz die Eigentumsfähigkeit einer Sache ausgeschlossen, was nach Art. 32 EGBGB. der Fall sein kann, so ist auch eine Ersitzung hieran nicht denkbar. Dies trifft z. B. für die unter das Dynamitgesetz von 1884 fallenden Gegenstände zu.

Darüber, ob Veräußerungsverbote die Ersitzung einschränken, geben die Motive hinreichende Auskunft. Man muß unterscheiden zwischen den sogenannten relativen Veräußerungsverboten, das sind die, die den Schutz nur bestimmter Personen bezwecken, und absoluten Veräußerungsverboten, die auf allgemeinem Interesse beruhen. Bei den letzteren wird die Frage, ob eine Ersitzung trotz dem Verbote stattfinden kann, davon abhängen, ob sie dem Inhalt und Zweck des Verbotsgesetzes widerspricht oder nicht. (vgl. Motive, I, S. 214 und III, S. 352)

Soll dagegen bei einem — nur den Schutz bestimmter Personen bezweckenden — Verbotsgesetz durch die Ersitzung bloß der Mangel im Rechte des Verfügenden ausgeglichen werden, so ergibt sich aus § 135, Abs. II, daß das Verbotsgesetz der Ersitzung nicht entgegensteht. (vgl. Motive III, S. 352)

Dernburg (das Sachenrecht; § 106, Anm. 21) weist darauf hin, daß ein relatives Veräußerungsverbot kein Hindernis der Ersitzung sei, da § 135, Abs. 2 bestimme, daß die Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung fänden, und die Ersitzung zu diesen Vorschriften gehöre. Diese Begründung ist abzulehnen. § 135 BGB. spricht nur von „rechtsgeschäftlichen Verfügungen und denen, die ihnen gleichstehen". Die Ersitzung aber, die kraft Gesetzes eintritt, ist nicht unter den Begriff der Verfügung, d. i. der Übertragung eines Rechts auf einen anderen, zu rechnen, vielmehr ist sie ein originärer Erwerbsakt. Die Vorschrift des § 135, Abs. II sagt also bezüglich der Ersitzung nichts aus. [7]) Dennoch ist aus dem Grundgedanken der Ersitzung heraus zu entscheiden, daß ein nur relatives Veräußerungsverbot die Ersitzung nicht ausschließen kann, im Einzelfall allerdings auf den Zweck des Verbotsgesetzes zu achten ist. [8])

[6]) vgl. Ennecc. allgem. Teil, § 123, II.
[7]) vgl. Kretschmer, Die Mobiliarersitzung, S. 33.
[8]) vgl. Staudinger, Komm. zu § 937, Anm. 6; Biermann, Komm. zu § 937, Bem. d.

III. Voraussetzungen der Ersitzung.

Bevor die Bedeutung der Ersitzung festgestellt werden kann, müssen ihre Voraussetzungen untersucht werden, da sich durch diese die Grenzen ergeben, innerhalb deren sich das Institut auswirken kann.

§ 5.

Eigenbesitz.

In den Kommissionsprotokollen (III, S. 230) findet sich der Satz: „das Erfordernis des Eigenbesitzes bildet die erste und wichtigste Voraussetzung der Ersitzung." Diese Auffassung erscheint richtig, wenn man bedenkt, daß es eine Forderung des der Ersitzung zu Grunde liegenden Gedankens ist, daß der tatsächliche Zustand dem werdenden Recht möglichst nahe kommen soll, der Eigenbesitzer aber schon die Sache als „ihm gehörend" (§ 872) besitzt, sodaß er von einem Dritten nicht ohne weiteres von dem Eigentümer unterschieden werden kann.

Bezüglich des Eigenbesitzes stehen die Anhänger der sogenannten Subjektivitätstheorie im Gegensatz zu den Objektivisten. Während jene fordern, daß der Eigenbesitzer den W i l l e n hat, den Besitz zu eigenem Recht auszuüben, hält die Objektivitätslehre es beim Eigenbesitz für genügend, wenn der äußere Schein auf das Eigentum schliessen läßt. Dernburg (Sachenrecht, § 12) und Fischer (Fischer-Henle-Titze zu § 872), die Vorkämpfer der Objektivisten, führen als Begründung ihrer Meinung vor allem an, daß der von der Subjektivitätslehre geforderte Wille sehr schwer bewiesen werden könne.

Diese Schwierigkeit kann aber nicht dazu führen, daß das subjektive Moment beim Eigenbesitz ausgeschlossen wird. Auch in anderen Fällen stellt es das Gesetz auf den Willen oder innere Vorgänge ab, um Folgerungen daran zu knüpfen, z. B. bei der Divergenz zwischen Wille und Erklärung in § 119, beim Nachweis des guten Glaubens in § 932 usw. Ferner tritt gerade bei der Ersitzung hervor — wo auch der gute Glaube gefordert wird —, daß der Eigenbesitzer den Eigenbesitzwillen haben muß; denn es ist nicht denkbar, daß der Ersitzende sich zwar für den Eigentümer einer Sache hält, sie aber dennoch nicht als seine eigene besitzen will.

Allerdings ist zuzugeben, daß man — um den Willen zu beweisen — oft auf die objektiven Umstände achtet und dann mittelbar auf den Willen zurückschließt. Das ist aber nur ein prozessuales Hilfsmittel und kann die Bedeutung des subjektiven Erfordernisses nicht einschränken.

Die herrschende Lehre lehnt denn auch die Objektivitätslehre heute

ab und hält zum Eigenbesitz den entsprechenden Willen für erforderlich. [9])

Wie sich aus der Fassung des § 937 in Verbindung mit den Protokollen III, S. 230 ergibt, muß derjenige, der den zur Ersitzung nötigen Eigenbesitz behauptet, ihn auch beweisen; Gegner dieser Auffassung ist mit nicht einleuchtenden Gründen lediglich Dernburg, Sachenrecht, § 106, § 12, 2.

§ 6.

Guter Glaube.

Als weitere Grundlage der Ersitzung, die diese wirtschaftlich und auch ethisch rechtfertigt, ist der gute Glaube zu nennen, obgleich er — wie sich aus der Fassung des § 937, Abs. 2 ergibt — keine positive Voraussetzung des Instituts bildet, vielmehr sein Nichtvorhandensein die Ersitzung ausschließt. Wer sich also auf die Ersitzung beruft, braucht den guten Glauben nicht zu beweisen (da dieser als normale Tatsache zu vermuten ist), sondern kann es dem Gegner überlassen, die Bösgläubigkeit darzutun. [10])

Eine Bestimmung für den Begriff des guten Glaubens bei der Ersitzung ist in § 937 nicht gegeben. Dagegen findet sich in § 932, Abs. 2 eine Definition; hiernach ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Da aber die Ersitzung nicht nur in dem Falle helfen soll, wo der Erwerbsakt durch das Nichteigentum des Veräußerers mangelhaft ist, vielmehr auch bei Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Eigentumsübertragung zum Zuge kommt, ferner auch da, wo der Besitz auf andere Weise als durch Eigentumsübertragung erlangt ist, erscheint die Begriffsbestimmung des § 932, Abs. 2 für unseren Zweck als zu eng. Anderenfalls müßte man die Ersitzung für möglich halten, wenn der Erwerber die Geschäftsunfähigkeit des veräußernden Eigentümers kannte, und auf der anderen Seite die Ersitzung ablehnen, wenn der Besitzer zwar von dem Nichteigentum des Verfügenden wußte, ihn aber für verfügungsberechtigt hielt: Beides unrichtige Ergebnisse.

Ein Weg zur Erweiterung der Definition des § 932, Abs. 2 ergibt sich aus § 937 aus den Worten: „später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zustehe". Hieraus ist zu entnehmen, daß der gute Glaube beim Besitzerwerb auch dann fehlen muß, wenn dem Erwerber be-

[9]) vgl. Biermann, § 872, Bem. 1. RG 54, S. 135; Wolff, Sachenrecht, § 7, I, 1; Staudinger, § 872 und die dort Zitierten. Heck, Grundriß d. Sachenr. § 9, I, 1 mißt dem Glauben des Besitzers an sein Recht k e i n e Bedeutung bei.

[10]) vgl. Motive III, S. 362; Wolff, Sachenrecht, § 71, I, 2 u. a.

kannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß er kein Eigentum — z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Veräußernden — erwerben kann. Dieser Gedanke findet seinen Ausdruck in der Fassung des ersten Entwurfs (§ 881), der aussprach, daß die Ersitzung ausgeschlossen ist, wenn dem Besitzer beim Erwerbe des Besitzes bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, daß er das Eigentum nicht erlange. Da die Protokolle (III, S. 233) aussprechen, daß dies sachlich im endgültigen Gesetzestext nicht geändert werden sollte, können wir heute diese Begriffsbestimmung gelten lassen, obgleich sie nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen wurde.

Immerhin werden auch durch diese Definition nicht alle Unklarheiten beseitigt, sodaß der Auslegung einiges überlassen bleiben muß. Beispielsweise taucht die Frage auf, ob der gute Glaube zu bejahen ist, wenn der Erwerber den Erwerbsakt irrigerweise für fehlerhaft hält, diesem aber ein anderer Mangel anhaftet, den der Erwerber nicht kennt. Dernburg [11]) und Kipp [12]) lehnen in diesem Falle den guten Glauben ab, da der Erwerber nicht damit rechnete Eigentum zu erlangen; daß er bezüglich des wahren Mangels gutgläubig sei, sei gleichgültig. — Dieses Ergebnis erscheint unbillig, wenn man diesem Beispiel den anderen Fall gegenüberstellt, daß jemand wirklich durch Einigung und Übergabe Eigentum erlangt, da er den nötigen Erfolgswillen hatte, obgleich er annahm, nicht Eigentümer zu werden, da er den Übertragenden irrtümlich für geisteskrank hielt. Hier spielt der Irrtum keine Rolle: Das Eigentum wird erlangt. Ebensowenig darf dann der Irrtum in dem ersten Fall von Bedeutung sein, wenn der Erwerber bezüglich des wirklichen Mangels im Übertragungsakt, der durch Ersitzung geheilt wird, gutgläubig war. Es ist also richtig, hier den guten Glauben zu bejahen und die Ersitzung für möglich zu halten. [13]).

Wie der erste Entwurf in § 872, S. 2 aussprach, steht die Kenntnis und die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Anfechtbarkeit des Erwerbsaktes nach erfolgter Anfechtung dem zur Ersitzung nötigen guten Glauben entgegen. Obgleich diese Bestimmung nicht in das Gesetz aufgenommen wurde, haben wir keinen Grund, im heutigen Recht etwas Gegenteiliges anzunehmen.

Eine Bestimmung für den Begriff der bereits öfters erwähnten groben Fahrlässigkeit, auf der der gute Glaube nicht beruhen darf, findet sich im Gesetz nicht, man ist deshalb gezwungen, eine Definition aus § 276 abzuleiten, und kommt zu dem Ergebnis, daß es ein be-

---

[11]) vgl. Pandekten, S. 194, 2.

[12]) Windscheid-K. § 183.

[13]) vgl. Endemann, Lehrbuch, II, § 82, Anm. 21; Kretschmer, a. a. O., S. 68.

sonders schwerer Fall des Außerachtlassens der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist. In jedem einzelnen Tatbestand wird deshalb dieses Maß von Sorgfalt zu prüfen sein, ohne daß es möglich ist, allgemeingültige Regeln hierüber aufzustellen.

Der so nach seinen Grenzen untersuchte „gute Glaube" muß nach dem Wortlaut des § 937 beim Eigenbesitzerwerb vorliegen. Es ist also festzuhalten, daß er beim Erwerbe des Fremdbesitzes, der z. B. nach § 857 bei der vom Erblasser geliehenen Sache auf den Erben übergeht, nicht erforderlich ist, sondern erst, wenn dieser Besitz sich in den Eigenbesitz verwandelt, z. B. der Erbe beschließt, sie als eigene zu behalten.

Nach dem Erwerbe des Eigenbesitzes schadet dem Besitzer nur noch die positive Kenntnis von seinem Nichtrecht. Die Motive (III, S. 355) begründen das damit, daß man dem, der gutgläubig besäße, nicht aufbürden dürfe, Aufmerksamkeit darauf zu verwenden, ob die Sache einem anderen gehöre. Selbst wenn die Unkenntnis des Nichtrechtes auf grober Fahrlässigkeit beruht, schadet sie dem, der beim Erwerbe gutgläubig war, nicht. Der Besitzer kann also ruhig von dritter Seite hören, daß er nicht Eigentümer ist; wenn er dieser Mitteilung nicht glaubt, hat es für ihn keine nachteiligen Folgen. Aber dennoch gibt es hier eine Grenze: Wenn der Besitzer an seinem Recht zweifelt, es aber absichtlich vermeidet, Klarheit darüber zu bekommen, ob er wirklich Eigentümer ist, kann ein dolus eventualis des Besitzenden angenommen werden, die Sache auch ohne Berechtigung behalten zu wollen. Der Besitzer ist von seinem Nichtrecht derartig überzeugt, daß er einer Aufklärung aus dem Wege geht. Hier muß die wider Treu und Glauben verhinderte Kenntnis einer positiven Kenntnis gleichgesetzt werden, sodaß die Ersitzung unmöglich wird. Ein Gedanke, der sich der Analogie zu § 162, Abs. 1 BGB. bedient. [14])

Erwirbt jemand den Besitz durch einen Stellvertreter, so erhebt sich — will sich der Besitzer später auf Ersitzung berufen — die Frage, bei wem der gute Glaube vorliegen muß. Im ersten Entwurf fand sich in § 801 die Bestimmung, daß auf den Besitzerwerb durch Vertreter die Vorschriften über den Erwerb aus einem von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäft entsprechende Anwendung fänden. In der 2. Kommission wurde dieser Paragraph als entbehrlich gestrichen, da die Analogie zu den jetzigen §§ 164 ff. BGB. nicht verkannt werde. [15]) So nimmt man heute allgemein beim Besitzerwerb durch Stellvertreter die §§ 164 ff. BGB. zu Hilfe. [16]) Hier, bei der Frage der Ersitzungsmöglichkeit, interessiert nur der Besitzerwerb zum Zwecke der Über-

[14]) vgl. Protokolle, III, S. 233; Staudinger, § 937, Erl. 2 a; Kretschmer, a. a. O., S. 75.

[15]) Protokolle, Bd. III S. 33.

[16]) vgl. Wolff, Sachenrecht, § 13, 1.

eignung, also die Stellvertretung im Übereignungsgeschäft. Nach § 166, Abs. 1 kommt es grundsätzlich nur auf die Person des Vertreters an; dieser muß gutgläubig sein, damit für den Vertretenen die Ersitzung beginnen kann. Ist allerdings der Vertretene beim Besitzerwerb durch den Vertreter bösgläubig, wußte er z. B., daß die zu erwerbende Sache gestohlen war, so hat das doch insofern einen Einfluß auf die Ersitzungsmöglichkeit, als die Fortsetzung der Ersitzung damit ausgeschlossen wird, da die Vertretung durch den Gutgläubigen mit dem Erwerbsgeschäft beendet ist, es danach aber auf den guten Glauben des Vertretenen ankommt. — Handelte der gewillkürte Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vertretenen, und war dieser bösgläubig, so kann nach § 166, Abs. 2 die Ersitzung nicht einmal beginnen. — Man sieht also, daß durch Heranziehen der Vorschriften der §§ 164 ff. der Schutz des ursprünglichen Eigentümers nicht eingeschränkt wird.

Erwirbt ein gesetzlicher Vertreter für einen Geschäftsunfähigen den Besitz, so kommt es ebenfalls nur auf den guten Glauben des Vertreters an. Die positive Kenntnis des Geschäftsunfähigen kann erst dann in Betracht kommen, wenn er die Geschäftsfähigkeit erlangt, bezw. wiedererlangt; sein böser Glaube hindert dann die Fortsetzung der Ersitzung.

Wie weiter unten ausgeführt wird, kann sich gemäß § 943 der Rechtsnachfolger die zugunsten seines Vorgängers verstrichene Ersitzungszeit anrechnen. Diese Vorschrift berührt das subjektive Moment der Gutgläubigkeit nicht, es ist also bei dem Rechtsnachfolger der gute Glaube im strengen Sinne, das heißt, der auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Glaube an seinen Eigentumserwerb, zu fordern, damit die verflossene Ersitzungszeit ihm zu Gute kommt.

Ebenso muß die Entscheidung fallen, wenn jemand Rechtsnachfolger nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch Erbgang wird. Während noch § 881, Abs. 2 des ersten Entwurfs eine Regelung für den Fall traf, daß zwischen Erbfall und Erlangung des Eigenbesitzes durch den Erben eine gewisse Zeit liegt, ist eine derartige Vorschrift heute in Hinblick auf § 857 BGB. überflüssig. Verschiedentlich[17]) wurde früher behauptet, durch die Bestimmung des § 857 sei beim Erben der gute Glaube in dem oben erwähnten strengen Sinne bei seiner Besitzerlangung nicht erforderlich, da der Erbe rechtlich als mit der Person des Erblassers identisch aufzufassen sei, er also einfach in dessen Stellung einrücke, sodaß er ebenso gutgläubig sei, wie es der Erblasser gewesen sei. Führt man diese Lehre folgerichtig durch, muß man auch den bösen Glauben des Erblassers auf den Erben übergehen lassen, sodaß die Ersitzung einer Sache, die der Erblasser unter Anerkennung eines fremden Rechtes besaß, die er z. B. geliehen hatte, durch den Erben nicht

[17]) z. B. Kretschmer, a. a. O. S. 85.

erfolgen könnte. Diese Folgerung ziehen aber die Anhänger dieser Lehre bis auf wenige [18]) nicht.

Im modernen Schrifttum wird die oben erörterte Auffassung des § 857 abgelehnt, und man macht keinen Unterschied mehr zwischen der Besitznachfolge durch Rechtsgeschäft und durch Erbgang. [19]) Es muß daher vom Erben ebenso wie von dem gewöhnlichen Rechtsnachfolger der gute Glaube im erwähnten strengen Sinne beim Besitzerwerb gefordert werden, damit er sich die Besitzzeit seines Vorgängers anrechnen lassen kann.

Erlangt dagegen der Erbe von dem Erbfall zunächst keine Kenntnis, und vollendet sich während dieses Zeitraums die Ersitzungszeit des Erblassers, so muß man dem Erben das Eigentum an der betreffenden Sache zuerkennen, obgleich er wegen Nichtwissens seines Rechts weder gut- noch bösgläubig sein konnte. Ein Ergebnis, das sich aus dem Gedanken des § 857 in Verbindung mit § 937, Abs II und § 943 ergibt: Sobald der Erbe Kenntnis von seinem Rechte erhält, soll er bezüglich der ererbten Sachen Sorgfalt darauf verwenden, ob sie ihm zustehen oder nicht. Bleibt er ohne Kenntnis von dem Erbfall, darf er nicht deshalb schlechter gestellt werden, weil er diese Sorgfalt nicht anwenden konnte; sein guter Glaube muß hier vermutet werden. [20])

Erlangt der Erbe die Sache erst, nachdem ein Erbschaftsbesitzer sie vorher in Besitz genommen hatte, so muß der Erbe — genau wie in den oben behandelten Fällen — beim Eigenbesitzerwerb gutgläubig im strengen Sinne sein, damit er die Sache ersitzen kann.

§ 7.

Zeitablauf.

§ 937 BGB. fordert zur Ersitzung einen zehnjährigen Eigenbesitz, also einen längeren Zeitraum als das Römische Recht, wo der Ablauf von drei Jahren genügte, nachdem Justinian (1. I. C. 7, 31) die zivilrechtliche usucapio und die longi temporis praescriptio verschmolzen hatte. Eine Verlängerung der dreijährigen Frist erscheint billig, da im heutigen Recht der Erwerbstitel, der in Rom zur Ersitzung gefordert wurde, keine Voraussetzung des Eigentumserwerbs bildet.

Der Beweis des zehnjährigen Eigenbesitzes liegt demjenigen ob, der die zu seinen Gunsten erfolgte Ersitzung behauptet, wobei der § 938 eine erhebliche Erleichterung für diese Beweisführung bedeutet, da er die widerlegbare Vermutung aufstellt, daß derjenige, der die Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitz gehabt hat, sie auch in der Zwischenzeit besessen habe.

---

[18]) Dernburg, § 105, 3. 1. Aufl.
[19]) Wolff, Sachenr. § 71, I, 3 a.
[20]) So Windscheid-Kipp, Pandekten (06) I, 939 ff.

Die Folgerung aus dem Erfordernis des Eigenbesitzes ist, daß derjenige, der den Besitz verliert, von der Ersitzung ausgeschlossen ist, sofern nicht die Ausnahmeregelung des § 940, Abs. 2 eingreift.

a.) Anrechnungsmöglichkeiten:

Um zu vermeiden, daß bei jedem, der die Sache nach dem Anfang einer Ersitzungszeit durch einen anderen erhält, die zehnjährige Frist von neuem beginnen muß, bestimmt § 943, daß der Rechtsnachfolger des Ersitzenden sich die bereits verflossene Zeit seines Vorgängers auf seine nun folgende Ersitzungszeit anrechnen kann, wobei zu merken ist, daß — wie oben erwähnt — der Rechtsnachfolger alle sonstigen Erfordernisse des § 937 selbständig erfüllen muß.

Als Rechtsnachfolger in den Besitz hat nach den Ausführungen oben (S. 12) auch der Erbe zu gelten. Es erhebt sich nun die Frage, wie die Rechtslage ist, wenn der Erbe die Sache nicht sofort nach dem Erbfall erhält, sondern vorher ein Erbschaftsbesitzer sie in Besitz genommen hat.

Zunächst ist festzustellen, daß der Erbschaftsbesitzer die von dem Erblasser begonnene Ersitzung nicht fortsetzen kann, da er nicht dessen Rechtsnachfolger ist. Wohl aber kann der Erbschaftsbesitzer durch Erfüllen aller Erfordernisse des § 937 selbst eine Ersitzung beginnen und vollenden, sodaß er Eigentümer wird. Hat er dagegen noch nicht volle zehn Jahre besessen, und muß er nun die Erbschaft an den wahren Erben herausgeben, so bestimmt § 944, daß die zugunsten des Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit dem Erben zustatten kommt, obgleich dieser nicht Rechtsnachfolger des Erbschaftsbesitzers zu sein braucht. Haben aber sowohl der Erblasser als auch der Erbschaftsbesitzer getrennt voneinander eine Ersitzungszeit begonnen, so liegt es im Interesse des Erben, sich beide Zeiträume anzurechnen. Dem Wortlaut des § 944 entspricht es aber nur, daß die Zeit des Erbschaftsbesitzers zu Gunsten des Erben zählt, während das Gesetz von der Ersitzungszeit des Erblassers schweigt. Aber auch diese Zeit muß m. E. dem Erben zugerechnet werden; denn aus der Vorschrift des § 944 ist zu entnehmen, daß der Erbe dadurch, daß die Erbschaft zunächst von dem Erbschaftsbesitzer in Besitz genommen wurde, nicht schlechter gestellt werden soll, als wenn er sie sofort zu Eigenbesitz erlangt und behalten hätte. Im letzteren Falle aber hätte er — seinen guten Glauben vorausgesetzt — die Ersitzungszeit des Erblassers sich anrechnen können. Demgemäß muß auch hier zu Gunsten des Erben der Fall so behandelt werden, als sei der durch § 857 erlangte Besitz des Erben nie durch den Erbschaftsbesitzer unterbrochen worden, sodaß für den Erben die Ersitzungszeit sowohl des Erblassers als auch des Erbschaftsbesitzers zählt.

Hat der Erbschaftsbesitzer durch Ersitzung das Eigentum an einer Sache der Erbschaft erlangt, so bestimmt § 2026, daß er sich dem Erben gegenüber — solange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist — nicht auf die Ersitzung berufen kann; der wahre Erbe ist also relativer Eigentümer, wie es Wolff [21]) ausdrückt.

Schließlich sei noch erwähnt, wann für den Erbschaftsbesitzer die Ersitzungszeit zu laufen beginnt. Wolff [22]) hält es für nötig, daß der Erbschaftsbesitzer beim Besitzerwerbe sowohl bezüglich der Sache an das Eigentum des Erblassers, als auch an die Rechtmäßigkeit seines Erbrechts glaubt.

Gegen diese Auffassung spricht zunächst die ausdrückliche Bemerkung bei Beratung des ersten Entwurfs, [23]) daß der böse Glaube des Erbschaftsbesitzers in Ansehung des Erbrechts der Anwendung des § 944 nicht entgegenstehen solle; ferner auch der Sinn der Vorschrift des § 944: Man will dem Erben die Ersitzungszeit des Erbschaftsbesitzers zurechnen, ihn also schützen. Es wäre dann aber unbillig, dem Erben einen Nachteil deswegen zuzufügen, weil der Erbschaftsbesitzer bezüglich seines Erbrechts bösgläubig war. Es genügt deshalb m. E., daß der Erbschaftsbesitzer gutgläubig in Beziehung auf das Eigentum des Erblassers ist, um dem Erben die Ersitzungszeit des Erbschaftsbesitzers zu Gute kommen zu lassen. [24])

b.) Hemmung des Zeitablaufs:

Das gegebene Mittel für den Eigentümer, die Ersitzung seiner Sache durch einen anderen zu verhindern, ist die Erhebung der Klage aus § 985 BGB. Es ist deshalb nicht mehr als billig, wenn das Gesetz solange die Fortsetzung der Ersitzung ausschließt, als der Eigentümer nicht in der Lage ist, sein Recht geltend zu machen. [25]) Die Gründe, die eine Ersitzung hemmen, sind im Gesetz durch Verweisung des § 939 auf die Verjährungsvorschriften ausschließlich aufgezählt.

Manche der Verjährungshemmungen, auf die in § 939 verwiesen wird, sind allerdings für die Ersitzung deshalb ohne Bedeutung, weil durch das Erfordernis des guten Glaubens bei § 937 die Ersitzung oft überhaupt nicht beginnen kann, also auch nicht gehemmt zu werden braucht, während dies für die Verjährung doch von nöten sein kann. Ein derartiger Fall liegt in § 202 vor. Die anderen Bestimmungen: §§ 203, 204, 206, 207 geben bei entsprechender Anwendung auf die Ersitzung zu Zweifeln keinen Anlaß.

---

[21]) Sachenrecht, § 71, Anm. 13.
[22]) a. a. O. Anm. 14.
[23]) Protokolle, Bd. III S. 237.
[24]) So Komm. von RGRäten zu § 944. Staudinger, § 944, Anm. a.
[25]) Protokolle III, S. 231.

c.) Unterbrechungen:

Fällt der Eigenbesitz oder der gute Glaube nach Beginn der Ersitzung fort, so ist diese nicht nur gehemmt, sondern sogar unterbrochen. Die Ersitzung derselben Sache kann dann nur durch Erfüllung aller nötigen Voraussetzungen neu begonnen werden, was bei Verlust des guten Glaubens jedoch so gut wie ausgeschlossen ist. Eine Ausnahme davon, daß das Verlieren des Eigenbesitzes eine Unterbrechung herbeiführt, bildet die klare Vorschrift des § 940, Abs. 2. Nach der oben für richtig befundenen Subjektivitätstheorie bei der Erklärung des Begriffes „Eigenbesitz" muß man diesen schon dann für verloren betrachten, wenn der Besitzer den Willen aufgibt, die Sache als eigene zu besitzen.

Anders als das Verlieren des Eigenbesitzes hat nach der Vorschrift des § 941 die Erhebung der Eigentumsklage nur eine relative Wirkung, d. h. zu Gunsten desjenigen, der die Klage einreicht, eine Bestimmung, die wichtig ist für den Fall, daß die Sache mehreren Miteigentümern gehört. (Vgl. §§ 432, Abs. 2 und 1011).

Nach § 941 muß die Klage gegen den Eigenbesitzer gerichtet werden oder — wenn ein Besitzmittlungsverhältnis vorliegt — gegen den Besitzer, der sein Recht zum Besitz vom Eigenbesitzer herleitet. Dieser Wortlaut des Gesetzes verursacht dann ein unbilliges Ergebnis, wenn dem Besitzer die Sache gegen seinen Willen abhanden gekommen ist, er sie aber vor Ablauf eines Jahres wieder zurückerhält. Hat nämlich während dieses Jahres der Eigentümer die Klage gegen den wirklichen Besitzer erhoben, so gilt nach § 940, Abs. 2 einerseits die Unterbrechung zu Gunsten des Ersitzenden als nicht erfolgt, andererseits aber braucht der Ersitzende die Klage nicht gegen sich gelten zu lassen, da sie nur gegen den wirkt, gegen den sie gerichtet ist. Den Schaden hat also der Eigentümer, ein unbefriedigendes Ergebnis, das die zweite Kommission [26]) durch einen Zusatz abändern wollte, der aber nicht Gesetz geworden ist. In manchen Fällen mag allerdings durch die Klage des Eigentümers gegen den Besitzer dem Ersitzenden klar werden, daß die Sache ihm nicht zusteht, er also wegen Bösgläubigkeit die Ersitzungslage verlieren.

Das Anerkenntnis des Ersitzenden, daß er kein Eigentumsrecht an der Sache habe, brauchte im Gesetz als Unterbrechungsgrund nicht angeführt zu werden, da durch das mit dem Anerkenntnis verbundene Bewußtsein des Nichtrechts die Ersitzung regelmäßig wegen Bösgläubigkeit ganz ausgeschlossen ist.

---

[26]) vgl. Protokolle III, S. 234.

IV. Wirkungsgebiet der Ersitzung.

§ 8.

Die Einschränkungen durch den Schutz des guten Glaubens beim Eigentumserwerb.

Im Römischen Recht hatte die Ersitzung eine große Bedeutung durch den Rechtssatz: „Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet". Durch diese Regel war es trotz guten Glaubens ausgeschlossen, vom Nichtberechtigten eine Sache zu Eigentum zu erhalten. Der Erwerber mußte sich deshalb — falls ihm nicht die exceptio rei venditae et traditae zur Seite stand — stets auf die Ersitzung berufen, um gegen die rei vindicatio des Eigentümers geschützt zu sein.

Bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches hatte die Ersitzung in Deutschland in den Gebieten des Gemeinen Rechts eine ähnlich wichtige Aufgabe, die nur durch den § 306, Abs. 1 des alten Handelsgesetzbuches eingeschränkt wurde, da dort bestimmt war, daß, wenn nicht abhanden gekommene Sachen durch einen Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert würden, der gutgläubige Erwerber sofort Eigentum erlange.

Das Bürgerliche Gesetzbuch übernahm den erwähnten römischen Rechtsgedanken nicht, sondern ließ sich in seinen Vorschriften vom Schutz des guten Glaubens leiten. Vor allem sind es hier die §§ 932 ff., die einen sofortigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten ermöglichen. Aber auch in anderen Bestimmungen, so in den §§ 135, 161, Abs. 3, 926, 1244, Abs. 2, 2113, Abs. 3, 2129, Abs. 2, 2366, 2370, Abs 1 BGB. und außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches in den § 366 HGB, Art. 74 WO, Art. 61, 168 EGBGB, 325, Abs. 2, 898 ZPO finden sich Schutzvorschriften für den gutgläubigen Dritten.

Alle diese Fälle schränken das Wirkungsgebiet der Ersitzung insofern ein, als sie — wenn es sich um die Eigentumsübertragung an einer Mobilie handelt — den Erwerber sofort zum Eigentümer machen, ohne daß er es nötig hat, sich auf die Ersitzung zu berufen.

§ 9.

Die vier Hauptgruppen von Fällen, in denen die Ersitzung Platz greift.

Es soll nun versucht werden, die Tatbestände festzustellen, in denen eine der oben genannten Vorschriften nicht Platz greift, sondern der Eigentumserwerb durch Ersitzung erfolgt.

Vier Hauptgruppen von Fällen lassen sich dabei unterscheiden:

1.) Für den Regelfall wird der gutgläubige Erwerb einer fremden Sache nur dann geschützt, wenn der Besitz an der Sache durch körperliche Übergabe erlangt wird. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs seitens des mittelbaren Besitzers an den Erwerber erfolgt. (§ 934 in Vbdg. mit § 931). In den Fällen aber, in denen die Übergabe ersetzt wird, also durch brevi manu traditio (§ 929, S. 2), oder durch Besitzkonstitut (§ 930) oder durch Abtretung des Herausgabeanspruchs seitens eines nicht mittelbaren Besitzers (§ 931), kann — sofern nicht körperliche Übergabe, bezw. Besitzerwerb vom Drittbesitzer zu der Einigung hinzutritt — der redliche Erwerber Eigentum nur durch Ersitzung erhalten.

2.) Zu der zweiten Gruppe gehören die Fälle einer Veräußerung, bei denen — ohne daß sich die Parteien dessen bewußt werden — der geplante Eigentumsübergang deshalb nicht eintreten kann, weil die Einigung ungültig ist. Als Beispiele seien genannt: Geschäftsunfähigkeit (§ 105), Vertoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten (§§ 138, 134), Irrtum, Willensmangel (§§ 119, 120), arglistige Täuschung (§ 123), soweit dadurch die Einigung betroffen ist.

3.) Ferner können gestohlene, verlorene, oder dem Eigentümer oder unmittelbaren Besitzer sonst abhanden gekommene Sachen nur durch Ersitzung zu Eigentum erlangt werden. (§ 935, Abs. 1). Eigentum an Geld, Inhaberpapieren und Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert wurden, kann allerdings im Interesse der Verkehrssicherheit bei gutem Glauben sofort erworben werden. (§ 935, Ab. 2.)

4.) Die letzte Gruppe, bei der die Ersitzung Platz greifen kann, bilden die Fälle, in denen der Eigenbesitz nicht durch Übertragung erlangt ist; also z. B. beim Fund bei fehlerhaftem Glauben an Herrenlosigkeit; dann bei irrtümlicher Annahme von Erbfolge oder Gütergemeinschaft. Hierher gehören auch die seltenen Tatbestände, wo jemand eine Sache zu Fremdbesitz erhält, sie aber später gutgläubig — z. B. durch Verwechselung — für eine eigene hält und den Eigenbesitzwillen entstehen läßt; ferner wenn jemand gutgläubig annimmt, durch Spezifikation Eigentümer geworden zu sein, dies jedoch nicht zutrifft, da beispielsweise der verarbeitete Stoff wertvoller war, als die hierauf verwandte Arbeit.

§ 10.

Die Beweiserleichterung für den Eigentümer durch Berufung auf § 937 BGB.

In den oben aufgeführten vier Gruppen von Fällen kann nach geltendem Recht die Ersitzung noch Platz greifen. Damit ist der Wert des Instituts jedoch nicht erschöpft. Die Motive (III, S. 309) weisen

darauf hin, der Zweck der Ersitzung sei — wie im früheren Recht — der, „den Eigentümer in der Behauptung und Verteidigung des Eigentums gegen Angriffe Dritter dadurch zu unterstützen, daß ihm beim Vorhandensein der Ersitzungserfordernisse der mit der Länge der Zeit immer schwieriger werdende, nicht selten unmögliche Eigentumsbeweis erlassen wird."

Den anderen oben besprochenen Zweck der Ersitzung — dem Schutz der Kontinuitätsinteressen zu dienen, und dem gutgläubigen Erwerber Eigentum zu verschaffen — bezeichnen die Motive als einen ungerechten Erfolg, der sich nur aus ihrem Hauptzweck — den Eigentumsbeweis zu erleichtern — sekundär ergebe.

Diese Auffassung der Motive vom Sinn des Ersitzungsinstituts erscheint durchaus abwegig. In § 1006 besteht nämlich eine Regelung, die den von den Motiven erörterten Zweck erheblich besser und für den Eigentümer leichter erfüllt, da dieser sich zur allerdings widerlegbaren Vermutung seines Eigentums lediglich auf seinen Besitz zu berufen braucht.

Auf die Ausnahmen des § 1006 braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da sie sich zweifelsfrei aus dem Gesetzestext ergeben. Nur in diesen Ausnahmefällen, in denen die Vorschrift des § 1006 dem Eigentümer keinen Schutz gewährt, ist er gezwungen sein Eigentum auf andere Art nachzuweisen. Hier allerdings kann er es nach Ablauf von zehn Jahren leichter durch Berufung auf § 937, als durch Nachweis seines Erwerbstitels. Immerhin hat aber die Ersitzung durch die Vorschrift des § 1006 für den Beweis des Eigentums nur noch zweitklassige Bedeutung.

Die Motive verkennen also, daß der Hauptzweck des Ersitzungsinstituts in dem Eigentumserwerb liegt, und es nicht „n u r ein Mittel zum Schutze des erworbenen Eigentums" ist. (Motive III, S. 309). Aus der Erkenntnis des wahren Sinnes der Einrichtung — nämlich des Schutzes der Kontinuitätsinteressen (vgl. oben S. 2) — ergibt sich auch, daß die Ersitzung n i c h t, wie die Motive (III, S. 309) es ausdrücken, „aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit nicht als den übrigen Erwerbsarten gleichstehend anzuerkennen ist", diesen vielmehr völlig gleichkommt.

§ 11.

Die dingliche Wirkung der Ersitzung.

Die dingliche Folge der Ersitzung ist der Erwerb des Eigentums an der ersessenen Sache. Das Eigentum kann sich aber nur insoweit erstrecken, als der Eigenbesitz des Ersitzenden reichte (wie Wolff richtig hervorhebt [27]), sodaß Zubehörstücke der Sache, sofern bei ihnen die

[27]) Sachenrecht § 71.

Voraussetzungen des § 937 nicht erfüllt sind, nicht in das Eigentum des Erwerbers übergehen.

Bei dem Eigentumserwerb handelt es sich aber nicht um eine Überleitung des alten Rechts des früheren Eigentümers, also lediglich um einen Wechsel der Subjekte, vielmehr um einen originären Erwerb, durch den das Recht des bisherigen Eigentümers erlischt.

V. Wird durch die obligatorischen Folgen der Ersitzung die Bedeutung des Instituts abgeschwächt?

Um die Bedeutung der Ersitzung voll werten zu können, muß sich hier die Betrachtung anschließen, wie sich die Rechtslage obligatorisch nach erfolgter Ersitzung gestaltet.

§ 12.

Die Bereicherungsfrage.

Sehr umstritten ist die Frage, ob nach geschehener Ersitzung derjenige, der sein Eigentum verloren hat, gegen den jetzigen Eigentümer einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung erheben kann.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes unmittelbar ist keine Antwort auf diese Frage zu entnehmen. Wegen des hierüber herrschenden Streites und der Folgen, die eine Zulassung des Bereicherungsanspruchs nach erfolgter Ersitzung hat, nämlich die ganz erhebliche Einengung der Bedeutung des Instituts, bedarf es einer eingehenden Untersuchung der verschiedenen Ansichten.

§ 13.

Die Auffassung des Problems vor Auftauchen der Meinung Martin Wolffs.

Bis zum Jahre 1910 etwa wurde ein Bereicherungsanspruch nach erfolgter Ersitzung allgemein abgelehnt. [28]) Vor allem berief man sich hierbei auf die Entstehungsgeschichte des § 937 BGB. Man sah in dem Eigentumserwerb durch Ersitzung einen rechtlichen Grund unter Hinblick auf Entwurf I, § 748, Abs. 2, der aussprach: „Als rechtlicher Grund ist es im Zweifel anzusehen, wenn ein Rechtsverlust auf einer diesen bestimmenden Vorschrift beruht." Da aber bei der Ersitzung der Verlust des Eigentums für den alten Eigentümer bestimmt war,

[28]) Oertmann im „Recht", 1910, S. 585.

hielt man das bei dem Erwerber entstehende Eigentum für gerechtfertigt, also nicht für kondizierbar. Später wurde Entwurf I, § 748, Abs. 2 gestrichen, aber man lehnte eine Bereicherungshaftung weiter ab, da die Motive [29]) aussprachen: „Von der Regel des § 748, Abs. 2, nach welcher der im Falle der Ersitzung kraft Gesetzes eintretende Rechtsverlust nicht als des rechtlichen Grundes entbehrend zu gelten hat, wird eine Ausnahme hier nicht bestimmt, weil es nicht gerechtfertigt sein würde, den mit der Ersitzung verbundenen Vorteil mittelbar und materiell wieder zu entziehen", und die Streichung des § 748, Abs. 2 des Entwurfs an der causa des Ersitzungserwerbs „im Verhältnis zwischen dem Verlierenden und dem Erwerbenden" nichts ändern sollte. [30])

Einen weiteren Beweis, den Bereicherungsanspruch bei der Ersitzung zu verneinen, sah man darin, daß derjenige, der durch die Bestimmungen über Verbindung, Vermischung, Verarbeitung einen Rechtsverlust erleidet, nach § 951 BGB. von dem Erwerber eine Vergütung in Geld nach den Regeln der §§ 812 ff. BGB. verlangen kann, daß ferner eine entsprechende Vorschrift beim Fund in § 977 BGB. besteht. Da aber bei der Ersitzung eine solche Bestimmung fehlt, glaubte man, [31]) daß hier die Anwendung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht beabsichtigt sei.

§ 14.

Die Ansicht Wolffs und die herrschende Lehre.

Gegen diese bis etwa 1910 allgemein vertretene Auffassung wandte sich Martin Wolff. [32]) Wolff gibt zu, daß die Ersitzung als solche Ansprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung nicht auslösen kann. Für den Regelfall soll die Ersitzung den Rechtserwerb „unanfechtbar gewährleisten". [33]) Anders wird seine Entscheidung aber dann, wenn der Erwerber, der erst kraft Ersitzung Eigentümer wurde, im Falle, daß er sofort durch den Erwerbsakt das Eigentum erlangt hätte, die Kondiktion gegen sich hätte gelten lassen müssen. Zur Veranschaulichung sei das Beispiel Wolffs angeführt: „Ist eine gestohlene Sache auf Grund eines nichtigen Kaufvertrages einem Redlichen veräußert worden, und hat dieser sie ersessen, so kann sie ebenso kondiziert werden wie eine nicht abhanden gekommene Sache, die auf gleich wankendem Grunde veräußert worden ist."

---

[29]) Band III, S. 353 zu § 881.
[30]) vgl. Protokolle II, S. 686.
[31]) z. B. v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch S. 380, 381.
[32]) Sachenrecht § 71, IV.
[33]) vgl. Staudinger zu § 937, Anm. 4 a.

Wolffs Lehre faßt Oertmann [34]) dahin zusammen, daß die Ersitzung nur den anfänglichen Erwerbsmangel ausgleiche, der Ersitzende sich also in der gleichen Rechtslage befinde, die er auch bei sofortigem Eigentumserwerb durch Übergabe inne gehabt hätte, daß also eine bei sofortigem Eigentumserwerb bestehende Bereicherungshaftung auch im Falle der Ersitzung zu bejahen sei.

Den Grund zu dieser Lehre findet Wolff darin, daß bei Verneinung der Kondiktionsmöglichkeit der Nichteigentümer, der ohne Rechtsgrund wirksam nach § 932 übereignet, die Sache länger zurückverlangen könne, als wer sie nach § 935 nicht übereignet: Der Nichteigentümer habe 30 Jahre lang die Kondiktion, während der andere nach zehn Jahren das Recht auf Rückgabe verliere. [35])

Der Lehre Wolffs trat Oertmann [36]) bei, da die Gegenansicht zu dem „verrückten" Ergebnis führe, daß, wenn ein Geschäftsfähiger einem anderen eine f r e m d e Sache schenkt, der Erwerber zwar sofort Eigentum erlangt, aber nach § 816, Abs. 1, S. 2 noch 30 Jahre lang auf Herausgabe haftet, während er im übrigen gleichen Falle bei Beschenkung durch einen Geisteskranken nach 10 Jahren haftfrei wäre."

Diese oben geschilderte Lehre hat sich zu der heute in der Literatur herrschenden entwickelt. [37])

§ 15.

Gegner der herrschenden Lehre und die Entscheidung des Reichsgerichts in Band 130, S. 69.

Gegner der oben geschilderten Auffassung sind vor allem Gierke, Haymann und Heck. [38])

Gierke [39]) führt aus, daß ein Bereicherungsanspruch dann ausgeschlossen sei, wenn sich aus dem Sinn und Zweck eines Gesetzes ergebe, daß der von ihm an einen Tatbestand geknüpfte Rechtsverlust den endgültigen Verlust des Vermögenswertes einschließen solle. So gehe auch aus der Bestimmung des § 937 hervor, daß der ungerechtfertigte B e s i t z mit dem Augenblick des Eigentumserwerbes kraft Ersitzung aufhöre, ungerechtfertigt zu sein. Der Eigentumserwerb aber ermangele nicht des rechtfertigenden Grundes. (Das letztere gibt ja auch

---

[34]) im „Recht" 1910, S. 594.

[35]) vgl. Wolff, Sachenrecht, § 71, Anm. 19.

[36]) vgl. Oertmann, Komm. Vorbem. 2 c ß zu § 812.

[37]) vgl. Staudinger, Komm. § 937, Anm. 4; Komm. von RGRäten, § 812, Anm. 6; Soergel, BGB. § 937, Anm. 4; Planck, § 937, Anm. 3; Biermann BGB. § 937- Anm. 2; Ennecc.-Lehmann § 219, Anm. 19; Cosack, Lehrbuch, II, § 46.

[38]) dessen Ansicht wird unten behandelt.

[39]) Deutsches Privatrecht, Band III, § 218, Seite 999.

Wolff zu, der aber den ungerechtfertigten Besitzerwerb nicht durch den gerechtfertigten Eigentumserwerb geheilt wissen will.)

Denselben Gedanken finden wir bei Tuhr. [40]) Er schließt eine Bereicherungshaftung des Ersitzenden aus, da die „beiden Einrichtungen des guten Glaubens und der Ersitzung gerade den Zweck haben, die Stellung des Erwerbers unangreifbar zu machen."

Ebenso argumentiert Jung [41]): Der Zweck des Rechtsinstituts der Ersitzung sei, daß ein Rückgriff auf die Zeit von vor zehn Jahren auch für das obligatorische Verhältnis zur Sache ausgeschlossen sein solle, damit so nicht indirekt die seinerzeitige Art der Erlangung der Sache wieder beweisfällig werden könne.

Auf anderem Wege gelangt Haymann [42]) dazu, die Bereicherungshaftung des Ersitzenden abzulehnen: Er stellt fest, daß zwar im Römischen Recht dem unberechtigten Zuwender bei mangelnder causa beim Besitzerwerbe eine condictio gegen den Ersitzenden gewährt wurde, (z. B. 1. 15, § 1. D. 12, 6) daß diese Erwägung aber nicht dazu führen könne, im geltenden Recht eine gleiche Entscheidung zu geben. In Rom habe nämlich der unberechtigt Zuwendende als Urheber der Leistung gegolten, ihm sei deshalb bei mangelnder causa die condictio zugesprochen worden. Bei der Ersitzung sei von diesem Prinzip keine Ausnahme erforderlich gewesen, da sie zwar kurzfristig, aber an eine justa causa gebunden gewesen sei.

Im geltenden Recht jedoch, wo zur Ersitzung keinerlei Titel, dafür aber ein zehnjähriger gutgläubiger Besitz erforderlich sei, sei es nicht mehr so sehr der zunächst unwirksame Besitzerwerb, der dem Erwerber das Eigentum verschaffe, sondern vielmehr die von dem Zuwendungsgeschäft ganz unabhängige zehnjährige fortgesetzte redliche Ausübung des Eigenbesitzes.

Aus diesem Grunde erscheint es Haymann billig, nicht so wie Wolff auf den Besitzerwerb abzustellen, sondern dem Gedanken den Vorrang zu geben, der schon beim Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgesprochen wurde, nämlich, daß der auf der Gesetzesbestimmung des § 937 beruhende Erwerb keine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, vielmehr der Zweck der Vorschrift ist, die Rechtslage zu klären und endgültig abzuschließen: „ut aliquis litium finis esset". [43])

Ebenso wie Haymann lehnt es Liebisch [44]) ab, mit Wolff bei der Ersitzung auf den Erwerbstitel zu achten, da der Empfänger bei der Ersitzung das Eigentum nicht auf Grund der rechtsgeschäftlichen Zu-

---

[40]) Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. 1, 1924, S. 386, zu 2.
[41]) Die Bereicherungsansprüche, S. 35.
[42]) Jherings Jahrb. Bd. 77, S. 269.
[43]) vgl. Haymann in JW. 1931, S. 1031.
[44]) Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden, S. 7.

wendung, sondern durch die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen erlange.

Im Jahre 1930 hatte das Reichsgericht Gelegenheit, sich über die streitige Frage zu äußern. [45]) Ein Geschäftsunfähiger hatte eine Sache verschenkt. Der Beschenkte hatte die Sache ersessen und wurde nun von dem Erben des Schenkers auf Herausgabe der Sache verklagt, da infolge mangelnder Geschäftsunfähigkeit der Schenkungsakt ungültig sei, also eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliege, die durch die Ersitzung nicht zu einer gerechtfertigten werde.

Ohne Begründung lehnt das Reichsgericht es ab, aus § 951 einen Umkehrschluß zu ziehen, um so zur Verneinung einer Kondiktionsmöglichkeit nach erfolgter Ersitzung zu kommen.

Das Reichsgericht wägt in seiner Entscheidung die bis dahin in der Literatur aufgetauchten Meinungen ab und kommt zu dem Schluß, daß die Lehre Woffs den Vorzug verdiene, es also bei der Frage der Kondiktionsmöglichkeit des durch Ersitzung erlangten Eigentums auf die causa des Besitzerwerbes, der zur Ersitzung geführt habe, ankomme. Fehle dort die causa, so sei einer Bereicherungsklage zu entsprechen.

Den Grund zu dieser Entscheidung findet das Reichsgericht genau wie Oertmann [46]) in dem „unannehmbaren" Ergebnis, zu dem die Gegenansicht (Gierkes und Haymanns) führe. [47]) Der Gesetzgeber wolle den Ersitzungserwerb nicht vor dem Traditionserwerb bevorzugen.

§ 16.

Die Behandlung der Streitfrage durch Heck und der Beweis der Angreifbarkeit der herrschenden Lehre.

Aus dieser Darlegung der einzelnen Ansichten ergibt sich, daß das Reichsgericht — genau wie die herrschende Lehre — grundsätzlich den Bereicherungsanspruch neben der Ersitzung ausschließt; ihn aber bei grundlosem B e s i t z erwerb zuspricht um den Zwiespalt zu vermeiden, der sich bei Verneinung der Kondiktionsmöglichkeit in dem oft zitierten Fall Oertmanns bezw. Wolffs findet, nämlich daß der Nichteigentümer, der ohne Rechtsgrund wirksam nach § 932 übereignet, die Sache dreißig Jahre lang zurückverlangen kann, während derjenige, der sie z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit nicht übereignet, nach zehn Jahren sein Recht auf Rückgabe verliert.

Der erste und in der Literatur bisher einzige, der darauf hinweist, daß dieser gewiß unbefriedigende Zwiespalt auch auf andere Weise

---

[45]) RG. Band 130, S. 69.
[46]) vgl. oben S. 21 Oertm. Komm. § 812, Vorbem. 2 c ß.
[47]) vgl. das Beispiel oben S. 21.

beseitigt werden könne, war Heck in seinem „Grundriß des Sachenrechts". (1930. S. 258).

Maßgebend für seine Entscheidung ist Heck der in der Rechtsordnung an verschiedenen Stellen deutlich hervortretende Schutz, den das Kontinuitätsinteresse erfährt. Der Inhaber eines Rechts legt Wert darauf, daß der einmal bestehende Zustand möglichst so erhalten bleibt, wie er es ist, und der Gesetzgeber erkennt dieses Interesse an. [48])

Auch die Vorschrift der Verjährung und der damit verwandten Ersitzung erklärt Heck unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte auf diese Art: „Die Kontinuitätsinteressen überwiegen die Motive zum Schutz des Eigentums". [49])

Im Endergebnis ähnelt die Auffassung Hecks also der von Haymann, der die endgültige Regelung der Ersitzung mit der allerdings von Heck bekämpften Friedenstheorie deshalb verteidigt: „ut aliquis litium finis esset". [50])

Diesen Schutz der Kontinuitätsinteressen läßt Heck soweit gehen, daß er den oben S. 23 behandelten Zwiespalt folgendermaßen löst:

Auch der Nichteigentümer, der ohne Rechtsgrund wirksam nach § 932 übereignet, verliert — wenn der Erwerber die Voraussetzungen der Ersitzung erfüllte — nach zehn Jahren bereits die Kondiktionsmöglichkeit, „da das Werturteil des § 945, das den Vorzug der Kontinuitätsinteressen ausspricht, nicht auf die Konflikte mit dinglichen Rechten zu beschränken ist, sondern im Verhältnis zu obligatorischen Rechten in gleicher Weise gilt." [51])

Heck selbst weist darauf hin, daß er sich im Gegensatz zu der durchaus herrschenden Lehre befindet.

Wir sehen, daß seine Erklärung das unbillige Ergebnis vermeidet, zu dem Gierke und Haymann kommen, und das allein das Reichsgericht und die herrschende Lehre davon abhält, ihnen zu folgen.

Löst also die herrschende Lehre den erwähnten Zwiespalt auf Kosten des Ersitzenden, so tut es Heck auf Kosten dessen, der eine fremde Sache grundlos übereignet. Welcher Auffassung ist nun der Vorzug zu geben? M. E. derjenigen, die einen gesetzlichen Grund oder eine freie, überzeugende Interessenwertung für ihre Lösung geben kann. Die herrschende Lehre beruft sich nur auf die Vermeidung des unbilligen Zwiespaltes, sagt aber nicht, weshalb sie ihn gerade so, wie sie es tut, und nicht so wie Heck umgeht. Heck dagegen kann für seine Lösung, die auch keinen Zwiespalt kennt, das auch sonst im Ge-

---

[48]) z. B. beim Besitzschutz, vgl. die Ausführungen oben Seite 2.
[49]) Grundriß Seite 258.
[50]) vgl. oben Seite 23.
[51]) Grundriß, Seite 258.

setz anerkannte Bedürfnis, die Kontinuität der Lebensverhältnisse zu wahren, anführen.

Da aus dem unmittelbaren Wortlaut des Gesetzes nichts zu entnehmen ist, erscheint es billig, Hecks Ansicht wegen ihrer Begründung für die richtige zu halten.

Bödecker[52]) erwähnt ebenfalls die Möglichkeit, die Verjährungsfrist der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung dem rechtmäßigen Besitzer gegenüber auf zehn Jahre abzukürzen, wenn er die Voraussetzungen der Ersitzung erfüllt, allerdings bereits schon vorher — nämlich durch die Erwerbshandlung — Eigentümer wurde. Bödecker lehnt aber die Abkürzung der Verjährungsfrist ab, da der Gesetzgeber — hätte er es beabsichtigt — diese Verringerung festgelegt hätte. Dazu ist zu sagen, daß das Gegenteil ebensogut behauptet werden kann: Der Gesetzgeber wollte die Bedeutung der Ersitzung nicht eingeschränkt wissen, andernfalls er es wohl bei § 937 ausgesprochen hätte.

Ferner lehnt Bödecker die Abkürzung der Verjährungsfrist ab, da kein innerer Grund dazu vorliege, weil die Ersitzung nur den anfänglichen Erwerbsmangel ausgleichen solle. Hier ist der Ausgangspunkt falsch: Das Ersitzungsinstitut heilt nicht nur den mangelhaften Erwerbsakt, sondern dient vor allem dem Schutze der Kontinuitätsinteressen. Erkennt man dies, so ergibt sich der innere Grund für die Abkürzung der Verjährungsfrist von selbst.

Sehr nahe an die Ansicht Hecks kommt übrigens Kober bei Staudinger in seiner Bemerkung 5 zu § 937 heran. Hier führt er aus, daß aus dem Rechtsgedanken des § 937 folge, daß für Ansprüche gegen redliche Besitzer beweglicher Sachen nicht die 30 jährige, sondern eine zehnjährige Verjährung bestehe.[53]) Warum führt Kober diesen Gedanken nicht folgerichtig weiter und entscheidet aus demselben Grunde, daß auch der Bereicherungsanspruch gegen denjenigen, der die Voraussetzungen der Ersitzung erfüllt, nur zehn Jahre bestehe?

Hölder,[54]) auf den Staudinger verweist, billigt dem Eigentumsanspruch gegen den redlichen Besitzer deshalb die nur zehn-jährige Verjährung zu, da andernfalls derjenige, der vor Ablauf der Ersitzungszeit die Sache mit Verschulden verliert, schlechter gestellt sei, als der, welcher sie nicht verloren habe. Dies ist meines Erachtens kein stichhaltiger Grund für die Entscheidung, da bei Verlust der Sache vor Ablauf von zehn Jahren kein schutzwürdiges Kontinuitätsinteresse vorliegt, man also hier die 30 jährige Verjährung nicht einzuengen braucht.

---

[52]) Wieweit ist nach vollendeter Ersitzung Raum für einen Bereicherungsanspruch vorhanden? Seite 39.

[53]) vgl. dazu Bem. 4, Abs. 3 zu § 195; ebenso Schaefer, Die Ersitzung, S. 53.

[54]) Komm. zum allgem. Teil des BGB., I (1900).

Auch Bödecker (a. a. O. S. 39) kommt durch die Verkennung des Kontinuitätsschutzes bei dieser Frage zu einem falschen Ergebnis.

Aus diesen Vergleichen ersieht man, daß durch die Darlegungen Hecks die Auffassung der herrschenden Meinung, die aus Billigkeitsgründen die Kondiktio neben der Ersitzung zuläßt, nicht mehr überzeugend wirkt. Es ist zu bedauern, daß das Reichsgericht bei seiner Entscheidung die Lehre Hecks noch nicht kannte, daher auch nicht dazu Stellung nehmen konnte, vielleicht wäre sonst sein Urteil anders ausgefallen.

§ 17.

Weitere Bedenken gegen die herrschende Auffassung der Bereicherungsfrage.

Bei der Durchführung der Ansicht der herrschenden Lehre ergeben sich aber auch andere Angriffsflächen:

Man betrachte nur die Lösung, die in der Literatur folgendem Fall gegeben wird:

Ein Nichtberechtigter verfügt grundlos und unentgeltlich über eine fremde Sache, wobei der gutgläubige Erwerber wegen Fehlens der Einigung erst durch Ersitzung Eigentum erhalten soll, z. B. A verleiht ein Buch an B und erhält von diesem nach einiger Zeit durch eine Verwechselung ein fremdes, dem C gehöriges zurück; ohne daß diese Verwechselung bemerkt wird, wird das fremde Buch in die Bibliothek des A eingestellt. A ersitzt das fremde Buch.

Die Lösung der herrschenden Lehre (Wolffs)[55]) ist folgende: Der Nichtberechtigte (B) hat dem Erwerber (A) den Besitz sine causa verschafft. (Er wollte ihm ja kein fremdes Buch geben und wurde von seiner Verpflichtung, das richtige zurückzugeben, nicht frei). Zufolge dieses Besitzes ist dem Erwerber lt. § 937 Eigentum durch Ersitzung erwachsen. Gemäß § 818, Abs. 1 BGB. kann der Nichtberechtigte dieses Eigentum mit der Klage aus § 812 kondizieren, während der ehemalige Eigentümer (C) vom Nichtberechtigten die Abtretung dessen Kondiktionsanspruchs gegen den Erwerber gemäß § 816, Abs. 1, Satz 1 verlangen kann.

Um die Unhaltbarkeit dieser Lösung darzulegen, bedarf es einer längeren Untersuchung:

Zunächst setzt man richtig voraus, daß die Verschaffung des Besitzes sich rechtlich als Verfügung über den Besitz darstellt, „denn Objekt der Verfügung können alle Rechtsverhältnisse oder Rechte sein, die durch den Willen der Beteiligten abgeändert werden können, also auch der Besitz". Der Besitz ist . . . . . jedenfalls ein Rechts-

[55]) Sachenrecht, § 71, Note 20.

verhältnis einer Person zu einer Sache, das durch den Willen dieser Person modifiziert werden kann". [56])

Dann geht man [57]) davon aus, daß die Verfügung des Nichtberechtigten, die dem Berechtigten gegenüber erst mit der erfolgten Ersitzung wirksam wird (da der rechtliche Grund fehlte), in gleicher Weise zu behandeln ist wie eine Verfügung, die — wie der Wortlaut des § 816 es verlangt — von Anfang an wirksam ist. Derart frei über die Terminologie des Gesetzes hinwegzugehen erscheint gewagt, da z. B. die Gegenüberstellung des Wortlautes der Absätze 1 und 2 des § 185 zeigt, wie genau der Gesetzgeber ein wirksam Sein und ein wirksam Werden zu unterscheiden vermag. [58])

Diese Bemerkungen vorweg.

Da im Schrifttum von den einzelnen Autoren verschiedene Wege benutzt werden, um eine Lösung der gestellten Aufgabe zu erhalten, sollen der Reihe nach diese Ansichten erörtert und durch eine Kritik gezeigt werden, wo die Begründung nicht stichhaltig erscheint.

Haymann [59]) (der ja im Endergebnis, wie oben gezeigt, [60]) die Bereicherungshaftung nach erfolgter Ersitzung ablehnt) vertritt den Standpunkt, daß bei rechtswirksamer Verfügung eines Nichtberechtigten von den Kondiktionsregeln nur § 816 BGB. anzuwenden sei, da diese Bestimmung eine abschließende Regelung des Problems bilde. Nach dieser Auffassung kann sich der Berechtigte bei entgeltlicher Verfügung nur an den Verfügenden halten, während bei unentgeltlicher Verfügung ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch des alten Eigentümers gegen den Erwerber Platz greift.

Diese Lehre ist nicht anzufechten, solange die Verfügungen des Nichtberechtigten mit rechtlichem Grund erfolgen. Das ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 816 BGB., der auf dem Gedanken des § 932 BGB. fußt. Durch die Bestimmung des § 932 soll der gutgläubige Erwerber geschützt werden, und damit dieser Schutz vollständig ist, muß verhindert werden, daß der Erwerbende durch eine Bereicherungshaftung schuldrechtlich zur Herausgabe verpflichtet wird; daher die Bestimmung des § 816, I, 1 BGB. Eine Ausnahme von diesem allgemeinen Prinzip bildet nur § 816, I S. 2, der bei unentgeltlicher Verfügung dem alten Eigentümer einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger zubilligt. Der Zweck dieser

---

[56]) so v. Tuhr, bürgerl. Recht, II, 1. S. 239, 240, Note 22 zustimmend Raape in Jherings Jahrb. Bd. 71, S. 103. Wolff, Sachenr. § 3, Anm. 7 faßt die Besitzübertragung nicht als Verfügung über die Sache, sondern als Verfügung über den Besitz auf.

[57]) Oertmann, § 816, Bem. 1 a u. im „Recht" 1915, S. 518; Planck § 816, Anm. 3; Wolff, S. R. § 71, IV; Ennecc.-Lehm. § 219, Anm. 19.

[58]) vgl. Haymann in Jherings Jahrb. Bd. 77, S. 270.

[59]) in Jherings Jahrb. Bd. 77, S. 254.

[60]) vgl. oben S. 22.

vom Grundsatz abweichenden Regelung ist, daß ein unentgeltlicher Erwerb nicht auf Kosten des Geschädigten aufrechterhalten bleiben soll. [61])

Es ist also das Prinzip des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes mit rechtlichem Grund, das einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch des Berechtigten gegen den Erwerber grundsätzlich ausschließt; § 816 ist demnach nur ein Ausfluß dieses Schutzgedankens des § 932 und nicht — wie es Haymann (a. a. O.) darstellt — eine selbständige Regelung.

Für den Normalfall, daß ein gültiges Kausalverhältnis zwischen dem Verfügenden und dem Empfänger vorliegt, ist die Kondiktionsmöglichkeit in § 816 a u s s c h l i e ß l i c h geregelt. In den Fällen aber, bei denen — wie in dem von uns gewählten — ein rechtlicher Grund bei der Verfügung des Nichtberechtigten fehlt, besteht keine Veranlassung, die allgemeine Regelung des § 812 für nicht anwendbar zu erklären, da man hier das erwähnte Prinzip den gutgläubigen Erwerb zu schützen, das bei Verfügungen m i t rechtlichem Grund die Anwendung des § 816 vorschrieb, nicht zu berücksichtigen braucht. Denn wenn keine gültige causa vorhanden ist, wird ja auch nicht der Erwerb vom Berechtigten geschützt, sondern der Empfänger muß nach § 812 das Erlangte herausgeben. Es wäre aber unbillig, den Erwerb vom Nichtberechtigten durch Ausschließen eines Bereicherungsanspruches mehr zu schützen als den vom Berechtigten.

Es ergibt sich demnach, daß, wenn man auf den Schutz des guten Glaubens keine Rücksicht zu nehmen braucht, (also bei grundloser Verfügung) die Sonderregelung des § 816 nicht abschließend ist, und nichts gegen die Verwendung der allgemeinen Bestimmung des § 812 gegenüber dem Erwerber spricht. [62])

Zur Entscheidung des angenommenen Falles stehen also sämtliche Kondiktionsregeln zu Gebote.

W e m bei grundloser Verfügung eines Nichtberechtigten über fremdes Recht der Bereicherungsanspruch zusteht — dem Berechtigten oder dem Verfügenden —, wird im Schrifttum oft erörtert und hat verschiedene Lösungen gefunden.

Zunächst ist wesentlich zu prüfen, ob eine grundlose Verfügung — wie sie in unserem Falle vorliegen soll — stets unentgeltlich ist, so wie es z. B. Oertmann [63]) behauptet. Kommt man zu einer bejahenden Antwort, so ist dem alten Eigentümer eine unmittelbare Kondiktion gegen den Erwerber gemäß § 816, I S. 2 BGB. zuzubilligen.

Oertmann führt a. a. O. aus, daß derjenige, der sine causa empfangen habe, seinen Erwerb durch keine Gegenleistung erkauft, also un-

---

[61]) So Komm. v. RGR. § 816, Anm. 4.
[62]) So: Krawielicki in Jher. Jahrb. Bd. 81, 282.
[63]) Recht 1915, 512.

entgeltlich erworben habe. Dieselbe Meinung vertritt v. Tuhr, [64]) der dartut, daß eine Zuwendung auch ohne dahingehende Absicht des Zuwendenden ihrem Erfolg nach unentgeltlich sein könne, und zwar sei das der Fall bei Verfügungen ohne rechtlichen Grund.

Dem kann aber entgegengehalten werden, daß darüber, ob eine Leistung entgeltlich oder unentgeltlich ist, das ihr zugrunde liegende Kausalverhältnis entscheidet. [65]) Die causa wird meist von den beteiligten Personen vereinbart, wo sie aber fehlt, wo z. B. noch keine Erklärung darüber abgegeben worden ist, kann aus diesem Fehlen der causa als rein objektivem Merkmal noch nicht die Unentgeltlichkeit gefolgert werden. Denn es ist möglich, daß eine Kausalvereinbarung der Leistung nachfolgt. (z. B. wenn sich der Zuwendende ihre Zweckbestimmung vorbehält). Dann liegt ein unfertiges Geschäft vor, bis die Erklärung abgegeben ist. Erst nachdem die Erklärung erfolgt ist, kann entschieden werden, ob die Leistung entgeltlich oder unentgeltlich gemeint ist. Es ergibt sich also, daß hier nicht objektive Merkmale, sondern subjektive — die Parteiabsicht — die Frage nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit beantworten. Wenn nun eine Leistung grundlos erfolgt, so muß dabei ebenfalls nach der Parteiabsicht geforscht werden, um die vorliegende Frage entscheiden zu können; denn es erscheint nicht folgerichtig, daß bei fehlender Kausalvereinbarung subjektive, in den anderen Fällen aber objektive Merkmale den Ausschlag geben sollen.

In unserem (Seite 26) angeführten Beispiel glaubte der Entleiher auf Grund seines Irrtums, es bestände zur Hingabe des verwechselten Buches eine Verpflichtung, er leistete also auf Grund einer angenommenen Verbindlichkeit. Derartige Zuwendungen, die erfolgen, um einer Leistungspflicht zu genügen, werden allgemein als entgeltliche Geschäfte angesehen, wobei das Entgelt die Befreiung von der Verbindlichkeit darstellt. [66]) In unserem Falle ließ sich der Zweck der Leistung jedoch nicht verwirklichen, da — wie erwähnt — keine Schuld bestand, und so wurde das Buch ohne Rechtsgrund, aber mit Entgeltlichkeitsabsicht hingegeben.

Daraus, daß sich die Entgeltlichkeitsabsicht der Zuwendung nicht verwirklichen ließ, folgt aber nicht, daß dann die Sonderregelung über unentgeltliche Geschäfte (§ 816, I S. 2 BGB.) anwendbar ist, wozu das Reichsgericht in Bd. 105, S. 248 neigt. Vielmehr erscheint es mir richtiger mit der herrschenden Lehre [67]) und einer Entscheidung des

---

[64]) II, 2, S. 141 ff.

[65]) vgl. hierzu und zu dem folgenden: Liebisch, Unentgeltliche Zuwendungen, S. 49.

[66]) vgl. z. B. Liebisch, a. a. O., S. 27.

[67]) vgl. Oertmann, Recht 1915, S. 510; Haymann, Jher. Jahrb. 77, 242, 249; Jaeger KO. § 32, Anm. 1; Liebisch, a. a. O., S. 51.

Reichsgerichts von 1914,[68]) die Unentgeltlichkeit der Erfüllung einer vermeintlichen Schuld — also einer grundlosen Leistung — zu leugnen.

Liebisch (a. a. O. S. 52) betont mit Recht, daß „unter einer unentgeltlichen Verfügung i. S. des § 816, I. S. 2 nur eine solche zu verstehen ist, deren Unentgeltlichkeit sich aus dem Inhalt der causa ergibt. Nicht darunter fallen aber grundlose Verfügungen aus fremdem Vermögen, wenn sie, wie die irrtümliche Erfüllung einer nicht bestehenden Schuld, von den Parteien als e n t geltliche Verfügungen gewollt waren".

Nach den bisher gemachten Ausführungen entscheide ich, daß — weil nach dem angenommenen Tatbestand eine grundlose Verfügung vorliegt — deshalb nicht schon die Regeln über unentgeltliche Verfügungen zum Zuge kommen. Der alte Eigentümer C kann daher nicht nach § 816, I S. 2 das Buch vom Erwerber A unmittelbar herausverlangen.

Im allgemeinen[69]) wird die oben aufgeworfene Frage, wem bei grundloser Verfügung eines Nichtberechtigten die Kondiktion zustehe, damit beantwortet, daß der Nichtberechtigte durch seine Verfügung gegen den Erwerber einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung erlangt habe, und der Berechtigte diesen Anspruch seinerseits wieder gemäß § 816 Abs. I. S. 1 von dem Verfügenden herausverlangen könne.

Der dem Nichtberechtigten (für unseren Fall: dem B) gegen den Erwerber (A) angeblich zustehende Kondiktionsanspruch muß untersucht werden:

A erlangte durch die Leistung des B grundlos den Besitz an dem verwechselten Buch. Mit der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes verlor B diesen; die Leistung erfolgte also auf seine Kosten. Demnach sind die Voraussetzungen des § 812 erfüllt, und A ist zur Herausgabe des B e s i t z e s an B verpflichtet. Inzwischen hat jedoch A durch Ersitzung das Eigentum an dem Buch erlangt, und er könnte jederzeit der condictio possessionis des B die petitorische Einrede entgegensetzen. Der Erfolg wäre, daß der Erwerber den Besitz nicht an den Verfügenden herauszugeben brauchte gemäß dem Satz: dolo facit, qui petit, quod redditurus est.[70])

Mit der condictio possessionis kann B folglich nichts gegen A erreichen; es hat also für C gar keinen Zweck, sich diesen Bereicherungsanspruch gegen A gemäß § 816, I S. 1 von B abtreten zu lassen.

Um diese unbefriedigende Lösung zu vermeiden, billigt man in

---

[68]) bei Gruch. 59, 521, wo auch weitere Entscheidungen erwähnt sind.
[69]) Planck zu § 812, I, 2, c; Gierke III, S. 1005. N. 41; Haymann, Jher. J. 77, 253 und Krawielicki, a. a. O., S. 284 ff.
[70]) vgl. Oertmann, Recht 1915, 514.

der Literatur vielfach [71]) dem nichtberechtigt Verfügenden einen Anspruch aus § 812 auf Herausgabe des Eigentums gegen den Erwerber zu, vorausgesetzt, daß dieser es auf Grund der kausalen Verfügung erlangte.

Allerdings muß man — um § 812 anwenden zu können [72]) — beweisen, daß der Erwerber das Eigentum an der Sache „auf Kosten" des Kondizierenden erlangt hat, obgleich dieser niemals selbst Eigentümer war und dem Erwerber nur den Besitz an dem Gegenstand verschaffte.

Dieser Schwierigkeit sucht man auf verschiedene Weise Herr zu werden:

Oertmann, [73]) Wolff [74]) und das Reichsgericht [75]) sagen, das ersessene Eigentum sei ein Surrogat des Besitzes, und da — wie festgestellt — bei kausaloser Verfügung der Empfänger den Besitz herausgeben müsse, erstrecke sich gemäß § 818, I BGB. diese Verpflichtung auch auf das Eigentum.

Diese Auffassung, das ersessene Eigentum sei nach § 818, I ein Surrogat des Besitzes, bedarf der Nachprüfung. Die Ansicht stützt sich auf die Worte „auf Grund eines erlangten Rechts erworben" in § 818, I BGB. Bei der Untersuchung soll angenommen werden, daß der Besitz wirklich ein „Recht" darstellt, was in der Literatur nicht unbestritten ist. [76])

Es ist davon auszugehen, daß § 818 Abs. 1 eine Erweiterung der allgemeinen Regel des § 818 BGB. ist, wonach grundsätzlich nur das herausverlangt werden kann, was durch den die Bereicherung herbeiführenden Umstand selbst erlangt worden ist. Der Erweiterung des § 818 liegt wohl der Gedanke zugrunde, daß die in § 818, I erwähnten Vorteile für den Normalfall auch dem Entreicherten zugute gekommen wären, er also auch um diese Vorteile gebracht sei. [77])

So nennt auch die Literatur als Beispiele für das nach § 818, I Herauszugebende: Die Einziehung einer Forderung, den auf ein Los entfallenden Gewinn — also das, was in bestimmungsgemässer Ausübung des Rechtes erlangt ist. [78]) Von dem durch Ersitzung erlangten Eigentum kann die aber nicht gelten, vielmehr sind die Erfordernisse des guten Glaubens und des Zeitablaufs so ungewisse Er-

---

[71]) z. B. Ennecc.-Lehmann, § 218, III, 2. c.; Oertmann, Recht, 1910, Seite 585 ff.

[72]) wie bereits oben S. 27 erwähnt.

[73]) Recht, 1910, 585 ff.

[74]) Sachenrecht, § 71, Note 20.

[75]) RG. 130, 72.

[76]) Dafür, daß Besitz ein Recht sei: Planck III Vorbem. 5 zu § 854; Staudinger III vorbem. VII zu § 854.

[77]) vgl. Gutzeit, Ersitzung u. Bereicherungshaftung, S. 16.

[78]) So Komm. von RGRäten. § 818 Anm. 3.

eignisse, daß ihretwegen auf keinen Fall davon gesprochen werden kann, daß die Ersitzung eine natürliche, normalerweise eintretende Folge des Besitzes ist. [79])

Auch eine Berufung auf Römisches Recht gibt für die Anwendung des § 818, I in dem erwähnten Sinne keine genügende Erklärung. In Rom setzte die Ersitzung eine res habilis voraus; dieses Erfordernis erfüllte eine Sache aber nur dann, wenn sie weder gestohlen, noch überhaupt widerrechtlich behandelt war. Verfügte der Nichtberechtigte nun gutgläubig und wirksam über eine res habilis, so würde er regelmäßig die Sache selbst ersessen haben, wenn er sie nicht weitergegeben hätte. Er befand sich also bei der Verfügung selbst in einer Ersitzungslage und übertrug diese mit auf den Erwerber. [80]) So ist es verständlich, wenn in 1. 13 pr. D. 39, 6 der Verfügende von dem Erwerber das Eigentum zurückfordern kann, obgleich er ihm nur den Besitz verschaffte, da eben in diesem Fall das ersessene Eigentum ein Surrogat des Besitzes darstellt, das der Verfügende selbst auch bekommen hätte. [81]) Aus dieser Regelung im Römischen Recht kann man aber für das heutige Recht keine Schlüsse ziehen. Da sich bei uns für gewöhnlich der nicht berechtigt Verfügende bei der Leistung nicht in einer Ersitzungslage befindet, kann er diese auch nicht übertragen. Deshalb kann man bei uns das ersessene Eigentum in der Regel nicht als Surrogat des verschafften Besitzes i. S. des § 818, I ansehen.

Hieraus erhellt, daß man § 818, Abs. 1 nicht anwenden sollte, [82]) um daraus die Möglichkeit einer Eigentumskondiktion des Verfügenden gegen den Erwerber herzuleiten.

Liebisch, [83]) der dem Nichtberechtigten ebenfalls einen Bereicherungsanspruch auf Eigentum gewährt, hält das Erfordernis, daß der Erwerber auf Kosten des Klägers bereichert ist, dann für erfüllt, wenn sich der Verfügende durch seine Handlung dem alten Eigentümer schadensersatzpflichtig macht. Durch diese Schadensersatzpflicht werde das Vermögen des Nichtberechtigten vermindert. Das genüge zur Zulassung der Eigentumskondiktion, obgleich zunächst der Erwerber nur den Besitz auf Kosten des Verfügenden erhalten habe.

Diese Lehre führt dann zu einem billigen Ergebnis, wenn der Nichtberechtigte den früheren Eigentümer entschädigt hat. Dann hat sein Vermögen eine Einbuße erlitten, und ein Bereicherungsanspruch auf Eigentum erscheint angebracht. Unbefriedigend ist die Lösung aber aus folgenden Gründen [84]):

---

[79]) Zustimmend Haymann in JW., S. 1031.
[80]) vgl. Krawielicki, Jher. Jahrb. 81, 292.
[81]) vgl. Haymann, Jher. Jahrb. 77, 193.
[82]) wie es aber die herrschende Lehre tut. vgl. die Seite 31, Note 73—75 Zitierten.
[83]) Unentgeltliche Zuwendungen, S. 53 ff.
[84]) vgl. Krawielicki in Jher. Jahrb. 81, 295 ff.

Es wird dem Nichtberechtigten die Eigentumskondiktion bereits dann zugebilligt, wenn er zum Schadensersatz nur verpflichtet ist, es ist also möglich, daß er das Eigentum durch seine Klage erlangt, seinerseits aber garnicht dem Berechtigten den Schaden ersetzt hat. Er bekommt also durch seine Klage u. U. mehr als er verliert. Dann ist aber die Bedingung „auf Kosten" nicht erfüllt, und die Lehre Liebischs als unbillig zu bezeichnen. Ferner ist es bedenklich, daß die Verpflichtung zum Schadensersatz und das durch die Bereicherungsklage erlangte Eigentum sozusagen als gleich wertvoll gegenüber gestellt werden. Das Eigentum bedeutet doch mehr als eine bloße Verpflichtung zum Schadensersatz, von der nicht gewiß ist, ob der Berechtigte sie geltend macht.

Ein weiterer Mangel der Lehre ergibt sich, wenn man den Fall annimmt, daß der Nichtberechtigte, nachdem er das Eigentum kondiziert hat, Konkurs anmeldet und so, wenn er dem Berechtigten den Schaden ersetzen soll, nur eine Quote zu zahlen hat, während er selbst volles Eigentum erlangte. Und schließlich ist darauf hinzuweisen, daß man die Lösung nur dann anwenden kann, wenn der Verfügende sich wirklich schadensersatzpflichtig macht, sie jedoch versagt, wenn eine solche Verpflichtung beispielsweise mangels Verschuldens entfällt.

Es folgt also, daß auch Liebischs Auffassung das Erfordernis des § 812 — die Bereicherung des Beklagten auf Kosten des Verfügenden — nicht befriedigend erfüllt. Man kann also mit dieser Lösung dem Verfügenden keine Bereicherungsklage auf Eigentum zusprechen, die sich der Berechtigte (C) auf Grund des § 816, I S. 2 abtreten lassen könnte.

Eine andere Erklärung dafür, daß dem Nichtberechtigten bei grundloser Verfügung eine Eigentumskondiktion zuzusprechen ist, gibt Haymann. [85]) Allerdings ist zu beachten, daß Haymann für das geltende Recht dann, wenn der Empfänger Eigentum durch Ersitzung erwirbt, (wie im angenommenen Falle) jeglichen Bereicherungsanspruch gegen den Erwerber aus Gründen der Rechtssicherheit ablehnt. [86]) In den Fällen jedoch, in denen der Erwerber trotz mangelnden Rechtsgrundes auf andere Art Eigentum erlangt, billigt Haymann dem nichtberechtigt Verfügenden die Möglichkeit, Eigentum zu kondizieren, zu. Die Erklärung Haymanns ist so grundlegend, daß sie der Vollständigkeit halber hier erwähnt sei:

Zunächst beruft sich Haymann [87]) auf Römisches Recht. Dort sei der mit fremdem Geld Leistende bei gültiger Kausalvereinbarung als Urheber der Zuwendung angesehen worden, d. h. er sei, wenn er beispielsweise dem Empfänger ein Darlehn gegeben habe, Darlehns-

[85]) Jher. Jahrb. 77, 195 ff., 262 ff.
[86]) vgl. die Ausführungen oben S. 22.
[87]) Jherings Jahrb. 77, 262.

gläubiger geworden. (l. 56 § 2 D. 46, 1). Daraus folgert Haymann, daß der Verfügende auch dann als Urheber der Leistung gelten müsse, wenn in einem solchen Falle bei der Hingabe des Geldes die Kausalvereinbarung gefehlt habe, der Empfänger aber durch Konsumption Eigentümer geworden sei. Als Urheber der Zuwendung habe dann im Römischen Recht der Verfügende einen Bereicherungsanspruch auf Eigentum gehabt.

Diese Folgerung Haymanns, erscheint gewagt, wenn man mit Krawielicki [88]) auf den Sinn der Regelung im Römischen Recht eingeht.

Bei Verfügung m i t gültiger Kausalvereinbarung wurde der Verfügende — auch wenn seine Zuwendung mit fremdem Geld erfolgte — als Urheber der Leistung angesehen, damit die Rechtsstellung des Empfängers (seinen guten Glauben vorausgesetzt) unangreifbar war, d. h. er dem alten Eigentümer des Geldes weder dinglich noch obligatorisch (durch eine condictio) zur Herausgabe verpflichtet war. Es war also eine Bestimmung, die nur den Schutz des guten Glaubens des Erwerbers bezweckte. F e h l t e es jedoch bei einer Leistung an einer gültigen causa, so war der Empfänger bis zur Konsumption stets einer Vindication des alten Eigentümers ausgesetzt, und nachdem er konsumiert hatte, mußte er wegen ungerechtfertigter Bereicherung das Erlangte herausgeben. Gleichgültig war es dabei, ob er von einem Berechtigten oder von einem Nichtberechtigten erworben hatte; denn der Billigkeit halber durfte man den Erwerb sine causa vom N i c h t berechtigten nicht vor einer Kondiktion schützen, und damit besser stellen als den Erwerb vom Berechtigten.

War aber der Empfänger einmal wegen fehlender causa zur Herausgabe verpflichtet, so war es nicht mehr nötig — falls er von einem Nichtberechtigten erwarb —, seinen guten Glauben bezüglich der Berechtigung des Leistenden zu berücksichtigen. Es bestand also gar kein Grund, die nur den Schutz des gutgläubigen Erwerbers bezweckende Sonderregelung [89]) anzuwenden, und dadurch eine direkte Kondiktion des alten Eigentümers auszuschließen.

Wie erwähnt schweigen die Quellen von der Verfügung eines Nichtberechtigten mit ungültiger Kausalvereinbarung.

Nach den bisherigen Ausführungen scheint für diesen Fall auf Grund der ratio legis einer direkten Eigentumskondiktion des alten Eigentümers nichts entgegenzustehen. Die Lösung Haymanns stellt also einen unnötigen Umweg dar, wenn sie dem Verfügenden eine Bereicherungsklage auf Eigentum zuspricht, die sich der Berechtigte erst wieder abtreten lassen muß, um selbst gegen den Erwerber vorgehen zu können.

---

[88]) Jher. Jahrb. 81, 306 ff.

[89]) Daß der Nichtberechtigte als Urheber der Leistung zu gelten habe.

Soweit sich Haymanns Lehre auf Römisches Recht stützt, erscheint sie also nicht überzeugend.

Eine Zustimmung zu seiner Lösung glaubt Haymann in der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 60 S. 287 zu finden. Haymann versteht die Entscheidung dahin, daß sie sich mit der Zahlung einer nicht bestehenden Schuld durch einen Dritten mit Geld des angeblichen Schuldners befaßt, und daß dabei dem angeblichen Schuldner eine unmittelbare Kondiktion gegen den Empfänger versagt wird.[90]) Krawielicki[91]) hat ausführlich nachgewiesen, daß die Entscheidung mißverstanden ist, daß sie in Wahrheit garnicht das streitige Problem berührt. Es ist vielmehr von der entgeltlichen Verfügung eines Dritten über fremdes Recht m i t rechtlichem Grund die Rede. Man braucht sich also nicht zu wundern, daß das Reichsgericht gemäß § 816, I S. 1 BGB. dem Berechtigten einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger versagt und ihn an den Nichtberechtigten verweist.

Die Lehre Haymanns wird also auch vom Reichsgericht nicht bestätigt.

Für das bürgerliche Recht braucht man nicht besonders zu beachten, daß der nichtberechtigt Verfügende Urheber der Leistung ist. Denn bei Leistung m i t rechtlichem Grunde schützen die Bestimmungen der §§ 932 und 816 den guten Glauben des Erwerbers und bewahren ihn vor einer Herausgabepflicht.[92]) Bei u n g ü l t i g e r Kausalvereinbarung aber muß er das Erlangte herausgeben; an wen dies zu geschehen hat, wird durch die allgemeinen Grundsätze des § 812 bestimmt, d. h. maßgebend ist, auf wessen Kosten unmittelbar die Bereicherung erfolgte. Krawielicki[93]) sagt also mit Recht, daß es für grundlose Verfügungen gleichgültig sei, wer Urheber dieser Leistung ist.

Aus dem Erörterten folgt, daß die Lösung Haymann, die dem nichtberechtigten Verfüger deshalb eine Bereicherungsklage auf Eigentum zuspricht, weil er Urheber der grundlos erfolgten Leistung sei, nicht befriedigend ist.

Alle bisher behandelten Lehren wollten nachweisen, daß der Nichtberechtigte wegen seiner grundlosen Verfügung, die gegenüber dem Berechtigten wirksam ist, gegen den Erwerber einen Bereicherungsanspruch auf Eigentum hat. Dieser Bereicherungsanspruch soll das „Erlangte" sein, was der ehemalige Eigentümer auf Grund des § 816, I S. 1 von dem Nichtberechtigten herausverlangen kann. Die Besprechung der verschiedenen Lehren zeigte jedoch, daß es sich nicht durchführen läßt, dem Verfügenden eine Eigentumskondiktion zu gewäh-

---

[90]) vgl. Jher. Jahrb. 77, 262.
[91]) Jher. Jahrb. 81, 303 ff.
[92]) vgl. die Ausführungen S. 28.
[93]) Jher. Jahrb. 81, 308.

ren, da der Empfänger das Eigentum nicht auf Kosten des Klägers erlangt hat. Weder die Lösung, die in dem Eigentum ein Surrogat des vom Verfügenden verschafften Besitzes sieht, noch die, die wegen des Schadensersatzanspruchs dem Berechtigten einen Bereicherungsanspruch zuspricht, noch schließlich diejenige, die auf die Urheberschaft des Nichtberechtigten bei der Leistung hinweist, konnte eine Bereicherungsklage des Verfügenden auf Eigentum genügend erklären. Kann aber der Nichtberechtigte von dem Empfänger das Eigentum nicht herausverlangen, so kann sich auch der geschädigte Berechtigte keinen Bereicherungsanspruch auf Grund des § 816, I S. 2 abtreten lassen, wie dies die herrschende Lehre annimmt.

Aber es gibt auch eine andere Lösung des Falles, die allerdings nur von wenigen gutgeheißen wird:

Man spricht dem alten Eigentümer unmittelbar einen Anspruch aus § 812 gegen den Erwerber zu und läßt den Umweg über den Nichtberechtigten einfach fort. [94])

Diese Ansicht, die in ihrer Durchführung weniger Angriffsflächen bietet, als die zuvor erörterten, müssen wir aber auch ablehnen, da wir ja — wie oben ausgeführt (S. 24) — mit Heck überhaupt jede Kondiktionsmöglichkeit nach erfolgter Ersitzung leugnen, da durch die Vorschrift des § 937 der mangelhafte Erwerbsakt geheilt ist. — Es erübrigt sich deshalb, diese von der herrschenden Meinung abweichende Lehre genauer zu untersuchen.

Aus dieser zwar weitschweifenden, aber zur Darlegung der verschiedenen Ansichten nötigen Erörterung ergibt sich, daß der Standpunkt der herrschenden Ansicht und des Reichsgerichts nicht nur aus dem Grunde unhaltbar ist, weil wegen des Sinnes und Zweckes der Ersitzungsvorschriften eine nachträgliche Bereicherungsklage abzulehnen ist, sondern auch deshalb, weil die auf dieser Verkennung aufbauende Durchführung des Kondiktionsanspruches — wie wir an dem untersuchten Beispiel gesehen haben — an zahlreichen Stellen sehr gekünstelt und angreifbar erscheint.

Zuzugeben ist allerdings, daß der von uns herausgegriffene Tatbestand in der Wirklichkeit nur äußerst selten vorkommen dürfte, und in den häufigeren Fällen die Lösung der herrschenden Lehre eine befriedigendere ist. Aber auch in dem gewählten Beispiel müßte sich für die Verfechter der Ansicht Wolffs eine überzeugende Lösung finden, wenn sie sich nicht dem Vorwurf aussetzen wollen, daß die Richtigkeit ihrer Meinung angezweifelt werden kann.

Es erscheint demnach nicht unbegründet, die herrschende Lehre in der Literatur und die dieser folgenden Entscheidung des Reichsgerichts

---

[94]) zustimmend Ennecc. Schuldverh. 10. Bearb. 1927, § 441, Note 20; Oertmann, Recht 1915, 512 ff.; Liebisch, a. a. O. S. 55; Heck, Schuldrecht § 144, I, 4; Krawielicki, Jherings Jahrb. 81, 310.

mit einiger Skepsis zu betrachten und mit Heck zu entscheiden, daß die Ersitzung nicht durch Zulassung eines Bereicherungsanspruchs eingeschränkt werden darf.

Im Anschluß hieran soll zum Beweise der Brauchbarkeit der vorliegenden Auffassung der Streitfrage die Entscheidung eines Falles gegeben werden, der sich ähnlich bei Bödecker (a. a. O. S. 48) findet: Durch arglistige Täuschung ist der Erwerber zum Abschluß eines Kaufvertrages verleitet worden. Erst nach Ablauf von 10 Jahren, in denen er die Voraussetzungen der Ersitzung erfüllte, entdeckt der Erwerber die Täuschung und ficht nach §§ 123, 124 den Kaufvertrag an. Er verlangt mit der Klage aus § 812 den Kaufpreis zurück, weigert sich aber die Sache zurückzugeben, weil er sie ersessen habe. Bödecker a. a. O. spricht hier dem Erwerber den Kondiktionsanspruch bezüglich des Kaufpreises zu, und hilft dem Veräußerer, indem er trotz der Ersitzung den Bereicherungsanspruch bezüglich der Sache bejaht.

Obgleich wir den letzteren Anspruch wegen des Kontinuitätsinteresses ablehnen, vermeiden wir die Unbilligkeit, die daraus entstände, daß der Erwerber die Sache behalten darf und dazu den Kaufpreis zurückerhält. Wir entscheiden nämlich, daß trotz Anfechtung des Kaufvertrages der Kaufpreis, den der Veräußerer erhalten hat, keine Bereicherung auf Kosten des Kontrahenten ist, da diesem durch Ersitzung der Sache eine entsprechende Vermögensmehrung entstanden ist. [95]) Die Anfechtung muß also wegen des Schutzes der Kontinuitätsinteressen ihre Wirkung verlieren.

§ 18.

Die Einwirkung der Ersitzung auf ein bestehendes Vertragsverhältnis.

Nachdem das Verhältnis der Ersitzung zum Bereicherungsanspruch untersucht worden ist, soll nun erörtert werden, wie die Stellung des Ersitzers zu dem ehemaligen Eigentümer ist, wenn zwischen beiden ein Vertrag bestand.

Die Prüfung der Frage wird uns durch die Beratungen der zweiten Kommission, die sich mit diesem Problem befaßt hat, wesentlich erleichtert. Dort wurde nämlich beantragt: „falls der Eigenbesitzer auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses verpflichtet sei, die Sache dem Eigentümer herauszugeben, könne er sich dem Eigentümer gegenüber nicht auf die Ersitzung berufen, solange nicht der Anspruch des Eigentümers aus dem besonderen Rechtsverhältnis verjährt sei". [96])

[95]) Auch Heck billigt dieses Ergebnis, wie er auf Anfrage freundlicherweise mitteilte.

[96]) vgl. Protokolle III, 234—235 und Haymann in JW. 1931, S. 1032, der darauf hinweist.

Dieser Antrag wurde aber abgelehnt mit einer Begründung, die unsere Unterstützung der Ansicht Hecks über das Wesen der Ersitzung vollauf rechtfertigt: „Es bestehe kein Grund, dem Beklagten den Einwand der Ersitzung zu entziehen. Es werde im Gegenteil der Wert des Instituts der Ersitzung erheblich abgeschwächt werden, wenn der in der Ersitzungslage Befindliche erst nach der Verjährung der aus dem Miet- oder Leihvertrag sich ergebenden Ansprüche des Klägers die Ersitzung für sich geltend machen könne."

Aus diesen Zitaten ergibt sich zweifelsfrei der Wille des Gesetzgebers: Der Schutz der Kontinuitätsinteressen soll bewirken, daß nach erfolgter Ersitzung die vertragliche Rückgabepflicht nicht berücksichtigt wird. Heck, dem wir auch hier folgen, drückt es so aus, daß das Institut der Ersitzung sowohl den Eigentümerschutz überwiege, als auch die obligatorischen Gläubigerinteressen, da diese nicht höher zu bewerten seien, als die Interessen des früheren Eigentümers. [97])

In folgerichtiger Durchführung dieses Gedankens muß man sogar dann den Ersitzenden schützen, wenn er leicht fahrlässig den Besitz, der zur Ersitzung führte, erwarb, er aber zufolge eines bestehenden Schuldverhältnisses für diese Fahrlässigkeit Schadensersatz leisten müßte.

Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: Der Erblasser hat eine Sache gemietet, der Erbe findet sie im Nachlaß und nimmt sie — ohne genauere Nachforschungen nach ihrer Herkunft anzustellen — in Besitz. Hierin soll eine leichte Fahrlässigkeit liegen. Der Erbe ersitzt die Sache. Nach § 276 hätte er die ihm vorwerfbare Verletzung der Vertragspflicht zu vertreten und dem Vermieter Schadensersatz durch Naturalrestitution — also Rückübereignung — zu leisten. (Anm.: ein Ergebnis, zu dem Haymann in J. W. 1931, S. 1032 a. E. und in Jher. Jahrb. Bd. 77, S. 274 kommt, das allerdings die Vorschrift der §§ 989, 992/993 außer Acht läßt.)

Folgt man jedoch der Ansicht Hecks, (Anm.: vgl. Grundr. d. Sachenr. § 61, 5) daß die Kontinuitätsinteressen gegenüber den obligatorischen Gläubigerinteressen den Vorrang verdienen, so muß man auch hier eine Pflicht zur Rückübereignung des ersessenen Eigentums verneinen.

§ 19.

Ersitzung und unerlaubte Handlung.

Bei dem nächsten Problem — dem Verhältnis der Ersitzung zur unerlaubten Handlung — spielen die mit der Ersitzung als solcher nicht zusammenhängenden Beziehungen eine Rolle. Verpflichtet nach § 823 beispielsweise eine Handlung zum Schadensersatz, und gehört

[97]) Heck, Grundr. d. Sachenr., S. 258.

der Erwerb durch Ersitzung zu den Schadensfolgen, so muß der so bewirkte Zustand durch Rückübereignung wieder gutgemacht werden. Ein Beispiel: Der Erblasser hat eine Sache gestohlen, der Erbe ist gutgläubig und ersitzt die Sache. Der Erbe hat dann für die Entziehung der Sache Schadensersatz zu leisten, und der Eigentumserwerb durch Ersitzung muß — als zu den Schadensfolgen gehörig — rückgängig gemacht werden, d. h. die Sache ist in natura herauszugeben und zu übereignen. Hierbei ist zu beachten, daß die dreijährige Verjährung der Ersatzansprüche aus unerlaubter Handlung erst mit Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen beginnt. (§ 852 BGB.).

Mit dieser Entscheidung stimmt Verfasser auch mit der Ansicht Hecks überein, die zwar nicht aus dem „Grundriß des Sachenrechts" hervorgeht, ihm aber auf Anfrage freundlicherweise mitgeteilt wurde.

VI. Wertung der gefundenen Ergebnisse.

Durch diese Ausführungen kommen wir zu dem Ergebnis, daß die Bedeutung der Ersitzung n i c h t, wie dies die herrschende Lehre durch Zulassung des Kondiktionsanspruches bei mangelndem Grunde beim Besitzerwerb annimmt, erheblich eingeschränkt ist. Vielmehr hat die Ersitzung genau wie die Verjährung durch ihren Zweck — den Schutz der Kontinuitätsinteressen — für das Rechtsleben dieselbe Bedeutung, die ihr bis zum Auftauchen der Lehre Wolffs im Jahre 1910 niemand abgesprochen hat.